

◇ 紹 介 ◇

A・エーザー＝W・ペロン編

『ヨーロッパにおける刑事責任および  
刑事制裁の構造比較——比較刑法理論への寄与』（2）

A. Eser / W. Perron (Hrsg.), Strukturvergleich strafrechtlicher  
Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa - Zugleich ein  
Beitrag zur Theorie der Strafrechtsvergleichung, 2015, Duncker &  
Humblot

刑 法 読 書 会  
浅 田 和 茂\*  
松 宮 孝 明\*\* (共編)

目 次

紹介を始めるにあたって

第1部 序

アルビン・エーザー「第1章 本プロジェクトの発生史・作業現場報告」  
ヴァルター・ペロン「第2章 調査の目標と方法」 (以上368号)

第2部 国別報告（省略）

第3部 ヴァルター・ペロン「調査結果の比較法的分析」

第11章 導 入

第12章 事例類型の構成要件上の格付け

第13章 不処罰事由 (以上、本号)

第14章～第18章

第4部 アルビン・エーザー「比較刑法：展開・目標・方法」

---

\* あさだ・かずしげ 立命館大学大学院法務研究科教授

\*\* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

## 第 3 部 ヴァルター・ペロン「調査結果の比較法的分析」

Teil 3 Walter Perron, Rechtsvergleichende Analyse der  
Untersuchungs-Ergebnisse, S. 767-928.

### 第11章 導 入 (§ 11 Einführung, S. 767-770.)

本調査の目的は、具体的な事例を手掛かりに、ヨーロッパの様々な法秩序における規範の規制と実務上の法適用の特別な結びつきを調査し、それを通じて、異なった法文化の構造と機能に関する知見を得ることであった。それに応じて、本研究は、国別報告の成果を手掛かりに、諸国に浸透する共通点を際立たせ、確認された相違の原因をできる限り究明することを試みる。

事例類型の実体刑法上の判断は、一方で、Tの処罰の「可否」の問題にかかわる。可罰的行為の特徴と限界線は、さしあたり、特別な制定法上の犯罪の描写によって行われる。それは、ドイツ、オーストリアやスイスでは、„Straftatbestände“と呼ばれ、イングランドでは„offenses“などと呼ばれており、例えば、故意と過失、正犯と共犯あるいは未遂と既遂に関するような一般ルールによって補完される。4つのすべての事例類型で、故意による殺害が問題となるため、調査されたすべての国において、行為が相応の犯罪構成要件のメルクマールを実現することに疑問の余地はなかった。

しかし、それと同時に、可罰的行為の限界は、行為者が犯罪の特殊なメルクマールを実現し他者の法益を侵害または危殆化したにもかかわらず無罪となる、消極的な、可罰性を阻却するメルクマールによっても定められる。それゆえ、現実に犯罪行為が存在するかどうかは、あらゆる刑法秩序において構成要件と不処罰事由を概観することによって初めて確定されうる。この不処罰事由は、ドイツ語圏では、しばしば„Rechtfertigungsgründe や Entschuldigungsgründe“と呼ばれ、イングランドでは、„defences“などと呼ばれている。アンケートで明らかになったのは、緊急避難を理由とする不処罰的地位は4つのいずれの類型においても議論の対象とならなかったこと、Tの弁識能力や制御能力が、対談相手の見方によれば、どの場合でも低下しうるが、決して完全には排除されえないこと、そして、無罪判決は類型4においてのみ正当防衛状況を理由に現実に考慮されうることである。

それゆえ、事例類型1から3までの判断は、実体刑法上の判断の第2段階に集中

する。すなわち、行為（Tat）の反価値の段階づけ、つまり、加重事由や減軽事由を含めた法定刑の体系への行為の格付け、および、裁判官による刑の量定における具体的評価である。Tの特殊な人的メルクマールは対談相手に知らせなかったので、刑の量定の際にも、犯行それ自体の評価だけが判断の拠りどころとされた。もっとも、これに関しては、様々な法秩序により、可罰性と不可罰性との限界の決定よりも明らかに複雑な規制とメカニズムが用いられている。

まず、この点でも犯罪構成要件が基準となる。なぜならば、それは様々な犯罪の典型的なメルクマールを確定するだけでなく、さらに、これらのメルクマールに特殊な反価値の内容を特徴づける名称（「強盗」、「謀殺」、「窃盗」）を与えて制裁の範囲を確定することによって、少なくとも、当該犯行が他の犯行との関係においてどの程度重大であるかを間接的に認知させるからである。それだけでなく、たいいていの刑法秩序は、一定の犯罪に関して、すでに構成要件の領域で、特に重い遂行形式やあまり重くない遂行形式の段階を定めており、それはしばしば異なった犯罪描写によって認知される（„Mord“ や „Totschlag“ など）。

行為の評価の更なる格付けは、多くの諸国では、特別に一定の犯罪に関係するのではない、一般的な刑罰加重事由や刑罰減軽事由からもたらされ、それが適用されるべき刑罰枠を変更する。実際の量刑も、本質的部分において行為の反価値内容の評価に依存している。その際、様々な法秩序は、一部は裁判所に対し広い裁量の余地を認めるが、一部は詳述された基準のカatalogを定めている。

もっとも、構成要件上の格付けの領域、一般の刑罰加重事由または刑罰減軽事由に基づく刑罰枠の変更と量刑との間の明確な分離は、たいいていは行われえない。すでに、より重い遂行形式とあまり重くない遂行形式の構成要件上の格付けにおいて、多くの国では、行為の反価値の内容を一括して全体的に考慮することが要請され、それは、方法や内容によれば、独自の量刑判断からほとんど際立つことはない。刑罰枠を補う裁量行為と、事例を特に犯情の重いものとしてまたはあまり犯情の重くないものとして刑罰枠を設定する格上げまたは格下げとの限界は、通常、とても流動的なので、行為の反価値の決定と刑の量定の全体の過程は、ほぼ常に、単一のものとして理解されなければならない。

最後に、刑事手続および刑の執行の観点も調査に含まれていた。刑事手続は、処罰と不処罰との間の決定にとっても、行為の重大性の格付けにとっても意義を獲得する。一方で、刑事訴追機関は、刑事訴追裁量の範囲内で、十分な犯罪の嫌疑があるにもかかわらず、刑事手続の遂行を断念したり、正式な判決とは異なる終結形式の手続を行ったり、あるいは、起訴を目的に合わせて格下げないし格上げすること

ができる。しかし、このメカニズムは、我々の調査では、広範囲にわたって問題とならなかった。というのも、罪の重さゆえに非公式な手続の処理は問題にならず、起訴をおよそ過失致死罪へと格下げすることは、明白な事態という所与の前提に鑑みれば、せいぜい4番目の類型において考慮されうるにすぎないからである。

他方で、実体法上の行為の評価は、しばしば、特殊な証明問題や、別の実体法的分類ないし訴追者や裁判所と弁護人との間で合意されうる取り決めによる、その他の訴訟上の障害によって影響を受ける。もっとも、このような訴訟上の事例処理と実体法上の事例処理との間の直接的な関係は、調査された国では、前述の事例類型に関しては確認することができなかった。訴訟上の合意も、明らかにあまり一般的には行われていない。例外は、イタリアだけである。もっとも、その定式化された合意手続は、特殊な証明問題の解決のためというよりも、あまりにも厳しいと感じる刑法典の刑罰を緩和するために導入されている。それゆえ、訴訟体系の影響に関する考察は、多くの場合、以下の一般的な確認にとどまる。すなわち、陪審手続では、手続の結果の予測は、職業裁判官の場合よりも重い結果になること、アングロサクソンの当事者主義による手続は、ヨーロッパ大陸部の職権探知による手続とは別の主張責任や立証責任の配分を定めており、それにより、事件の解決は、具体的な訴訟上の経過に強く依存していることである。

最後に、刑の執行の予期されるべき諸条件は、裁判による事例判断と同様に持続的に影響を与えうる。期限前の釈放に関する寛容な規定に基づき実際の服役期間の明らかな短縮が考慮される、あるいは、行刑と結びついた短所が拘禁の軽減（開放行刑、拘禁中の休暇など）により著しく緩和される場合には、長期の自由刑や終身刑を科すことは容易であるかもしれない。もっとも、以下のことがアンケートにおいて明らかとなった。すなわち、とりわけ裁判官と検察官は、彼らの決定した執行期間や方法に関してほとんど正確なイメージを持っておらず、その結果、彼らの決定は、そのような諸要因によって影響を受けることはない、ということである。

(金子 博)

## 第12章 事例類型の構成要件上の格付け

(§ 12 Tatbestandliche Einstufungen der Fallvarianten, S. 770-820.)

### I. 犯罪構成要件の機能

この調査にとって、犯罪構成要件の様々な機能は重要である。すなわち、犯罪構

成要件は、様々な犯罪の典型的なメルクマールを明確にすることによって、まず、可罰的行為と不可罰的行為との限界を確定する。ある具体的な行為が（何らかの）犯罪構成要件のメルクマールに包摂されえないならば、その行為は刑法の見地から重要ではなく、更なる検討、例えば正当化事由や免責事由を顧慮することを要しない。このことは、4つのすべての事例類型において問題とならない。というのも、事態の定式化の明確な規準によれば、Tは、故意殺人罪の構成要件を実現するからである。

犯罪構成要件の2つ目の機能は、行為の外形的特徴づけまたはラベリングにある。調査対象のすべての法秩序では、様々な構成要件は、公式の——すなわち制定法上の——見出しを有する。それは、該当する行為を標語的に特徴づけ、それにより、とりわけ非法律家（被告人、証人、一般大衆）に対し、犯罪の種類に関して問題となるものを分らせる。その際、1つの犯罪グループ内では、重大性の異なる行為に関して、格上げされた標識もありうる（例えば、ドイツ、オーストリアおよびスイスの殺人罪では「謀殺」と「故殺」という標識、スイスでは「故意殺人」の標識がある）。それに伴い、単純な——かつ粗雑な——方法で、具体的な非難の程度が行為者に対して予告されるのである。

この犯罪構成要件のラベリング機能は、一方で、様々な国の体系の理解にとって重要である。というのも、異なった犯罪の標識は、該当する犯罪行為の種類に対する法秩序の一般的な姿勢への逆推論を可能とするからである。他方で、ラベリング機能は、特定の事例では、特にドラスティックな見出しまたは特に控えめな見出しをもつ構成要件を選択することにより被告人や国民にシグナルを送るために、意識的に裁判所によって果たされうる。とりわけ以下の場合において、裁判所は制定法上の犯罪の標識を的確に用いることができる。すなわち、一方では、重い構成要件または軽い構成要件に行為を包摂させることに関して裁判所に判断の余地が与えられている場合、他方では、具体的事例において科される刑罰の程度が、問題となる刑罰枠が決定的となる領域で重なり合うために、構成要件上の格付けに依存していない場合である。このような状況は、以下で述べるように、我々の事例類型に関して、いくつかの国で必ず生じる。

最後に、犯罪構成要件は、通常、当該行為に対して科されるべき制裁の種類や重さに関する要請を含み、それによって、その犯罪の重大さは他の犯罪の種類との対比で確定する。この段階づけ機能は、該当する刑罰枠の広狭や一般の量刑規定による変更可能性の規準に応じて、多かれ少なかれ強く形成されうる。いずれにせよ、あらゆる調査対象国において、殺人罪の場合、犯罪構成要件の機能は明確に認識で

き、特に事例類型 1 から 3 に関しては重要な役割を果たす。

## II. 調査対象の法秩序における殺人罪の体系

### II. 1. 概 観

殺人罪の構成要件は、調査対象国の法秩序において、僅かな媒介変数を手がかりに体系化されうる。まず、イタリアを除いた国では、異なった重大な犯罪類型の間で、はっきりした形式的な格付けがある。それは、「単純な」故意による殺害を出発点として加重もしくは減輕されるべき構成要件形式を予め定めるか、または、両方向へ同時に予め定めるもので、それにより、行為の反価値の格付けの任務が果たされる。3段階の体系の場合、基本構成要件は標準的な刑罰を形成し（ドイツ、ポルトガル、スイス）、2段階の体系の場合、基本構成要件はより重い刑罰も（イングランドおよびウェールズ、オーストリア、スウェーデン）、より軽い刑罰も（フランス）示しうる。それに対して、イタリア刑法には、構成要件上の格付けは含まれていない。たしかに、イタリア刑法575条の „omicidio” と呼ばれる故意殺人の構成要件と並んで、同法576条および577条の特別な刑罰加重事由が存在する。しかし、これは、同法61条以下の一般的な刑罰加重事由および刑罰減輕事由の体系と直接結びついたものであり、それらと区別された加重構成要件としては解釈されえない。

故意殺人の加重された形式または減輕された形式は、独立の構成要件としてではなく、非独立的な類型（例えば、イングランドおよびウェールズでは、murder との関係にある manslaughter）、単なる刑の軽重規定または量刑規定（例えば、ドイツでは、ドイツ刑法213条による犯情があまり重くない Totschlag の事案）またはその格付けの外にある独自の犯罪（例えば、ドイツの判例によれば、ドイツ刑法211条の Mord）とみなされる。我々の調査の目標にとっては、そのような細分化はあまり意味をもたない。なぜなら、構成要件上の格付けと構成要件外の刑罰加重事由もしくは刑罰減輕事由による刑罰枠の変更と量刑との間の変更は、多くの法秩序では、流動的で統一的に決定されていないからである。また、ドイツ刑法211条を独自の犯罪として格付けすることは、ドイツの特別な問題に基づくものであって、比較法上の分析に関する規準に資するものでもない。それゆえ、疑わしい場合には、少なくとも現象を暫定的に選別しうるとされる、簡素化された、正式に捕捉される構成要件概念が出発点とされた。それによれば、刑罰枠を変更するすべての規定は、特有の加重構成要件または減輕構成要件として解釈される。それは、第 1

に、特別に故意殺人に関連するもので、第2に、特有の犯罪の標識をもつ（例えば、イングランドの manslaughter）か、相当に変更された刑罰枠が直接に、すなわち追加の量刑判断なしに適用されるべき、確固たる構成要件要素を示す（ドイツ刑法213条の第1選択肢）ものである。イタリアの規定だけは、この規準によっても、複数の段階を含む構成要件モデルとみなされえなかった。なぜなら、イタリア刑法576条と577条に列挙される犯情の重い事情は、それだけで考えても刑罰の加重に至らず、あらゆる——主として総則に規定された——刑罰枠を変更する事情の全体的考慮において初めて、刑罰の加重に至るからである。

国	加重	基本構成要件	減軽	モデル
イングランド および ウェールズ	—	murder	manslaughter	減軽を含む2段階
オーストリア	—	Mord オーストリア刑法75条	Totschlag オーストリア刑法76条	減軽を含む2段階
スウェーデン	—	Mord スウェーデン刑法3章1条	dråp スウェーデン刑法3章2条	減軽を含む2段階
ドイツ	Mord ドイツ刑法211条	Totschlag ドイツ刑法212条	Minder schwerer Fall des Totschlags ドイツ刑法213条	3段階
ポルトガル	homicidio qualificado ポルトガル刑法132条	homicidio ポルトガル刑法131条	homicidio privilegiado ポルトガル刑法133条	3段階
スイス	Mord スイス刑法112条	Vorsätzliche Tötung スイス刑法111条	Totschlag スイス刑法113条	3段階
フランス	フランス刑法 221-2条(assassinat), 221-3/4条	meurtre フランス刑法221-1条	—	加重を含む2段階
イタリア	—	omicidio イタリア刑法575条	—	1段階

一覧表1：構成要件モデルの概観

殺人罪の形式的な格付けは、調査された多くの法秩序において、しかるべく加重または減軽する制定法上の（イングランドおよびウェールズでは、その代わりに、common law に由来する）犯罪の標識によって支えられ、それは、個別の構成要件に異なった標識を付与する。例えば、故意殺人の最も重い形式は、ドイツ、オー

ストリア、スイスおよびスウェーデンでは „Mord“ であり、イングランドでは „murder“ と呼ばれ、あまり重くない形式は、ドイツやオーストリアでは „Totschlag“ と呼ばれ、スイスでは „Vorsätzliche Tötung“ や „Totschlag“ と呼ばれ、スウェーデンでは „dråp“ と呼ばれ、イングランドでは „manslaughter“ と呼ばれる。これらすべての概念は、殺人罪における構成要件のそれぞれの地位を表すだけでなく、——スイスの „Vorsätzliche Tötung“ を除き——日常用語上も独自の行為の反価値を特徴づける意味も有する。

フランス、イタリアおよびポルトガルといったロマンス諸国の法秩序は、日常用語上捕捉される犯罪のラベリングの形式に対して控えめである。例えば、ポルトガルの刑法典は、基本構成要件としての homicidio、加重構成要件としての homicidio qualificado および故意殺人の減輕形式としての homicidio privilegiado を区別する。フランスでは、刑法典の基本構成要件は、meurtre と呼ばれ、故意殺人の加重形式の 1 つは assassinat と呼ばれる一方、別の加重構成要件に関しては、相当する制定法上の標識はない。イタリアでは、中立的な標識 omicidio が存在するのみである。それに対し、イタリア刑法576条と577条の circostanza aggravanti (犯情を重くする事情) は、単なる量刑規定として、構成要件の格付けを変更することはないものと解されている。

調査された法秩序の間の明白な違いは、個別の加重メルクマールと減輕メルクマールの形式と内容のところで示され、それによって、行為は基本構成要件に対して故意殺人の犯情の重い事案または軽い事案として位置づけられる。形式的な観点では、当該メルクマールは非常に異なる明確性の程度を示す。必然的に当該構成要件の適用に至るほぼ輪郭をもった個別のメルクマールもあれば (ドイツ、イングランドおよびウェールズ、フランス)、評価の対象と方向が単に一般形式で示すか、または典型例により具体化する曖昧な一般条項もあり (オーストリア、ポルトガル、スイス)、また、あらゆる事情を全体的に考慮することを手がかりとして、その事案が「犯情があまり重くない」かどうかを確認するという裁判所に対する一括要請がある (ドイツ、スウェーデン)。

構成要件上の規準については、以下の一般的な方針が示されうる。

○ 一般条項を具体化するか (スイス、ポルトガル)、または直接に刑の加重に導くような (ドイツ、フランス) 犯情を重くする構成要件のメルクマールは、行為の客観的側面では、特別な (残酷な、陰湿な、危険ななど) 遂行態様 (ドイツ、ポルトガル、スイス)、殺害行為と別の犯罪行為との客観的な結びつき (フランス)、被害者の特別な性質 (フランス、ポルトガル) に関係する。行為の主



観的側面では、特に非難すべき動機（ドイツ、ポルトガル、スイス）、行為の計画性ないし冷酷な考慮（フランス、ポルトガル）および別の犯罪行為のために被害を道具にする意図（ドイツ、フランス、ポルトガル）が捕捉される。

○ 犯情を軽減するメルクマールの場合、「犯情があまり重くない」として事案を包括的に評価すること（ドイツ、スウェーデン）のほかに、客観的に、被害者または第三者による行為者の特別な誘発（ドイツ、イングランドおよびウェールズ）が着目されるか、あるいは、主観的に、理解可能または許され得るものとみなされる精神的な負荷（オーストリア、ポルトガル、スイス）もしくは帰責能力の低下（イングランドおよびウェールズ）および有益な犯行の動機（ポルトガル）が着目される。

メルクマール	ドイツ	ポルトガル	スイス	フランス
一般条項 (特に躊躇いのない／特に非難すべき)		+	+	
一般条項形式の個別のメルクマール (下劣な動機)	+			
具体的な個別のメルクマール／典型例				
行為の客観的側面：				
—遂行態様 (陰湿、残酷、公共の危険)	+	+		
—公務員の職権濫用				+
—特別な被害者の性質(親族、子供、病人、 要職に就く公務員など)		+		+
—別の犯罪行為との客観的な結びつき				+
行為の主観的側面：				
—非難に値する動機(強欲、性欲など)	+	+		
—別の犯罪のために殺害を手段とする主観	+	+		+
—冷酷、事前の熟慮		+		+

一覧表 2：加重構成要件のメルクマール

メルクマール	イングランド および ウェールズ	オーストリア	スウェーデン	ドイツ	ポルトガル	スイス
一般的な裁量 (犯情のあまり重くない事案)			+		+	
一般条項形式のメルクマール —無理からぬ/免責的な感情の高ぶり —精神的負荷 —有益な動機		+			+	+
具体的なメルクマール —誘発 —低下した帰責能力	+	+			+	

一覧表 3 : 減輕構成要件のメルクマール

殺人罪の格付けの体系を理解するための本質的な鍵は、最終的に、構成要件の制裁規定である。法秩序が、基本構成要件に属する行為に対して、加重構成要件または減輕構成要件に属する行為にいかなる重さを付与するかは、しばしば、異なった刑罰枠から直接読み取ることができる。もっとも、その理解や評価に関しては様々な規準が必要であり、それは、概観することで初めて人に訴える力のある形象をもたらすのである。

最初に、考えられうる刑罰の重さが挙げられる。故意殺人の最も重い形式に関して、調査対象のあらゆる法秩序は、刑の上限を定めており、ポルトガルでは25年、その他の国では終身刑である。イングランドおよびウェールズとドイツでは、当該構成要件は、別の刑罰の可能性を認めていない。それに対して、他の諸国では、減輕された刑罰も科されうる。その下限は、ポルトガルでは12年の自由刑、オーストリア、スウェーデン、スイスでは10年の自由刑、フランスでは2年の自由刑である。

故意殺人の最も軽い形式に関しては、オーストリアやスウェーデンは、依然として、相当に重い5年以上10年以下の自由刑（オーストリア）ないし6年以上10年以下の自由刑（スウェーデン）を定め、他方で、他のすべての国では、当該下限は、保護観察のための刑の執行の停止または条件付きの有罪判決を認めている（イングランドおよびウェールズ：刑の宣告無しの条件付き有罪判決、ドイツ：6月の自由刑、フランス、ポルトガル、スイス：1年の自由刑）領域にある。故意殺人の最も軽い刑罰枠の上限は、かなり異なる（ドイツとポルトガル：5年、スイス：10年、イタリアとフランス：30年、イングランドおよびウェールズ：終身刑）。さらに、

3段階の構成要件モデルを有する諸国は、加重するメルクマールも減輕するメルクマールも存在しない事案に関して、標準的な刑罰枠を定めている（ドイツ：5年以上15年以下の自由刑，ポルトガル：8年以上16年以下の自由刑，スイス：5年以上20年以下の自由刑）。イタリアでは、その構成要件に関して21年以上30年以下の自由刑が定められているが、特別の量刑規定と一般の量刑規定により、刑罰を終身刑にまで上げたり、5年の自由刑まで下げたりすることができる。

もっとも、諸国の刑罰枠の直接的な比較は、拘束力が異なるがゆえに意味を持たない。大多数の国では、少なくとも、構成要件外の刑の加減規定や量刑規定に基づき変更されうる刑罰枠があり、あるいは、刑罰枠の射程が、最初からこれらの規定と結びついて初めて決定されうる（フランス，イタリア）。ドイツでは、例えば Totschlag の基本構成要件では、ドイツ刑法212条2項により、「犯情の特に重い事案」では、終身刑を科すことが可能であり、他方、刑の最下限を含む構成要件に関しては、調査対象のほぼすべての国において、その刑を明確に軽減する可能性が予定されている。

最後に、明白な違いは個別の刑罰枠の幅で示される。ここでは、イギリス法は上限・下限の両方を一体化する。すなわち、murder に関して、必然的に終身刑が点の刑罰として予定されている一方、manslaughter に関しては、終身刑から可能な制裁の下限に至るまでの全体の制裁範囲が裁判所に委ねられている。スウェーデン法には、かなり狭い刑罰枠があり、Mord では終身刑または10年の自由刑といった点の刑罰、減輕構成要件 (dråp) では6年以上10年以下の自由刑となっている。イタリアでも、特別の刑の加減規定と一般の刑の加減規定の組み合わせは、予め狭い刑罰枠を考慮している。もっとも、その刑罰枠は、個別の事案の具体的事情を手がかりとして初めて確定されうるものである。それに対して、特に広く捕捉されているのはフランスの刑罰枠で、故意殺人の刑罰加重形式に関しては終身刑または2年以上30年以下の自由刑であり、基本構成要件に関しては1年以上30年以下の自由刑となっている。それに対し、他の諸国では、刑罰枠は標準的な幅である。

具体的な事案を基本構成要件または加重ないし減輕に分類することの意義は、結局のところ、関連する刑罰枠がどの程度相互に重なるかにも左右される。そうではない場合、構成要件の選択は、構成要件外の刑罰枠の変更が行われたい限りで、科されるべき刑罰の重さに直接影響をもたらす。それに対して、問題となっている構成要件の刑罰枠が重なる場合、その共通した領域内における制裁の決定は、構成要件の格付けに左右されない。最も過度の重なりは、フランスやスイスや部分的にはポルトガルにも存在する。それに対し、他の諸国では、異なる構成要件の刑罰枠は

互いに隣接するが、その際（ポルトガルやスイスも同様に）以下のことが注意されなければならない。すなわち、構成要件外の刑の減輕の可能性に基づき、ほぼすべての刑罰枠が最終的に下方で重なるということである。

総じて、これらの見通しから以下のことが示される。すなわち、具体的な殺人罪の各国体系についての判断は、概観することで初めて人に訴える力のある形象をもたらす複数の要因に左右されるということである。重要なのは、以下のような法秩序の一般的な姿勢である。第1に、「単純な」故意殺人が殺人罪の犯情の重い事案とみなされるか、やや重い事案とみなされるか、あるいは軽い事案とみなされるか、第2に、いかなる基準をもとにして、刑罰加重構成要件または刑罰減輕構成要件が基本構成要件に上積みされるか、第3に、構成要件上の格付けが制裁を加えることにとっていかなる効果をもつか、そして第4に、“Mord”、“Totschlag”などの行為の外形的標識は制裁問題とは独立しているかである。それゆえ、4つの事例類型に関するアンケートの結果を互いに対置する前に、殺人罪の構成要件における個別の法秩序の本質的な特徴を互いに比較して簡潔に述べることにする。

## II. 2. 犯情の最も重い事案としての基本構成要件（2段階体系）

このグループに属するのは、イングランドおよびウェールズ、スウェーデン、オーストリアである。「単純な」、すなわち、特別な事情によって犯情が加重または軽減されない故意殺人は、ここでは、“Mord”または“murder”と呼ばれており、最も重い殺人罪と考えられ、終身刑が定められている。

### II. 2. 1. イングランドおよびウェールズ

イングランドおよびウェールズでは、終身刑は、基本構成要件である murder に関しては必然である。この厳格さは、二重の観点でさらに強化される。すなわち、一方で軽減された刑罰を科すことのできる減輕構成要件 manslaughter は僅かな特別な事案に限定され、他方で減輕をもたらす犯行事情は、起訴においては考慮に入れられず公判において初めて主張することができる、というものである。

それゆえ、たとえ manslaughter への行為の格下げを容易に想起させる諸事情が存在することが明らかであるとしても、故意殺人は murder として起訴されなければならない。これらの諸事情は、公判において初めて（通常は防衛活動（defens）の形式で）主張されうる。さらに、帰責能力の低下の主張がある事案では、その限りで、防衛側が立証責任を負う。それゆえ、manslaughter は、固有の構成要件ではなく、無条件の有罪判決と無罪判決との間の陪審員に関する追加の判

断可能性にすぎない。もっとも、陪審員が manslaughter の判決を下す場合、その後の刑罰の決定においては、終身刑から自由を剥奪しない刑罰（例えば probation）までの可能な制裁の幅全体は、裁判官に委ねられる。

manslaughter への行為の格下げを可能にする防御活動として、帰責能力の低下または行為者の誘発が問題となる。低下した帰責能力の要請は強いが、我々の調査の基礎となっている事案と同様の事案では、判例によって柔軟に処理されている。すなわち、心的責任の重要な侵害に至る異常な精神状態が必要となるが、この条件は、医者等の所見によって認められなければならない。誘発の認定に関しては、行為者が刺激を受けて我を忘れたこと、かつ、健全な人間であればその状況において同様に我を忘れたであろうことが必要である。

したがって、イングランドおよびウェールズの裁判所には、以下のような事案においてのみ、故意による殺人行為の構成要件上の格付けや制裁の賦課に関して判断または評価する余地がある。すなわち、低下した帰責能力または誘発といった諸条件が納得できるほどのものであり、行為を manslaughter へと格下げすることが少なくともありうることが立証されるような事案である。その他のあらゆる事案では、被告人は、murder により有罪判決が下され、終身刑をもって処罰されなければならない。

## II. 2. 2. スウェーデン

スウェーデンにおいても、「mord」と称された故意殺人の基本構成要件に関しては、終身刑が定められている。それでもなお、殺人罪の規定は、イングランドおよびウェールズと異なり、非常に柔軟に規定されている。第1に、mord の場合、終身刑の代わりに10年の自由刑が科され、その際、終身刑との大きな隔たりは、個別の犯罪に関する有期自由刑の最長期間が10年であることによって説明される。そのほか、その刑罰は、スウェーデン刑法29章の一般的な量刑規定に基づき、さらに緩和され、「特別な諸事情によって必要とあれば」刑罰の見合わせにまで及ぶ。第2に、裁判所には、減輕構成要件 dråp（故殺）の認定に関して、更なる判断の余地が与えられている。すなわち、行為が「その犯行へと導く事情に関して、または、その他の点であまり重くないとみなされ得る」こと（スウェーデン刑法3章2条）が必要である。その場合、その刑罰は、6年以上10年以下の自由刑であり、さらに同法29章により緩和されうる。

かくして、スウェーデン法は、一方で、故意殺人の特に高い当罰性を出発点とし、故意殺人に関しては、犯情の重い諸事情なしでも、最も重い刑罰を定めてい

る。しかし、他方で、裁判所には、量刑に準じた全体考慮に基づき行為を減軽構成要件に分類して明確に刑を減軽する、とても大まかな（細かな基準によって制約されない）可能性が認められている。それと同時に、量刑に関する一般規定は、以下のような追加的な刑の減軽の可能性を定めている。すなわち、少なくとも理論的には、一方で行為を *mord* と位置づけ有罪判決において外部へ認知させるが、他方で減軽構成要件の刑罰枠に相当するまたはそれどころか下回る刑罰を科すことが裁判所に許されているのである。

## II. 2. 3. オーストリア

オーストリア法は、「単純な」故意殺人を同様に „Mord“ と位置づけ、終身刑または10年以上20年以下の自由刑を定めている。刑の最上限と最下限の絶対値は一致するにもかかわらず、刑罰枠は、スウェーデン法に対してより大きな裁量の余地を裁判所に残す。それに直接隣接しているのは、„Totschlag“ と呼ばれる減軽構成要件の5年以上10年以下の自由刑という刑罰枠である。この減軽は、確かに、イギリスの *manslaughter* と同様に以下の類似の厳格な諸条件に左右される。すなわち、オーストリア刑法76条により、行為者は「一般に無理からぬ情緒において思わず人を殺害した」こと、換言すれば、行為者は法に忠実な態度の期待可能性を著しく低下させる具体的な誘発に基づき、制御可能性を著しく侵害する強度の情動に服したことが必要である。しかし、他方で、同法41条の一般的な量刑規定は、減軽事由の少なからぬ重要性がある場合には、*Mord* においても、その刑が必ずしも執行されなければならないというわけではなく、行為者を「条件付きで大目に見る」ことができる程度に軽い自由刑を科すことも可能とする特別の刑の減軽を定める。

総じて、オーストリアの規定は、全くもって柔軟である。故意殺人の犯情の重い形式に関しては、十分に広い刑罰枠が与えられ、犯情があまり重くない形式の場合、裁判所は、たとえ減軽構成要件の厳格な諸条件が充足されない場合でも、特別な刑の減軽を介して適切と判断される結果に達することができるのである。

## II. 3. 標準的事案としての基本構成要件（3段階体系）

これに属するのは、ドイツ、ポルトガルおよびスイスである。これらの法秩序は、「単純な」故意殺人に関する「標準的な」構成要件を定めることによって、殺人罪の場合でも、特に重い、固有の構成要件によって捕捉される事案においてのみ最も重い責任非難と最も重い刑罰を適切なものと考えを明らかにする。同時に、同様に分離された減軽構成要件でもって、比較的軽い刑罰に値する、犯情のあ

まり重くない事案の存在が明らかにされる。

### II. 3. 1. ドイツ

„Mord“ という標識は、ドイツでは、犯情の重くする諸事情によって加重された殺人行為を前提とするものであり、それに関してドイツ刑法211条は、終身刑を定めている。個別の加重事由（「Mord のメルクマール」）は、広く張り巡らされ、一部には一般条項のように定式化されている（下劣な動機）が、多くは具体的に把握され、行為者の動機（人を殺そうとする欲望、性欲を満足させること、強欲さ、その他の下劣な動機）や意図（別の犯罪行為を容易にすることや隠蔽すること）および行為遂行の性質（陰湿、残酷、公共にとって危険な手段）がそれに該当する。終身刑よりも軽い刑罰を科すことは、Mord に関しては定められていない。もっとも、判例は、陰湿の場合、例外的に超法規的な刑の減軽を行い、その他でも、しばしば限定責任能力という一般的な刑罰減軽事由を多用しており、それによって刑罰は3年以上15年以下の自由刑へと減軽される。

その他の故意殺人に関しては、„Totschlag“ と呼ばれるドイツ刑法212条の基本構成要件が5年以上10年以下の自由刑を定め、特に犯情の重い事案では終身刑へと引き上げられ、犯情があまり重くない事案では、同法213条により、アンケートの時点では、6月以上5年以下の自由刑に減軽された。「犯情が特に重い」事案であるか「犯情があまり重くない」事案であるかは、一般の量刑の原則によれば、全体的な考慮によって確認されなければならない。しかし、それと同時に、同法213条の減軽された刑罰枠は、具体的に限定された誘発の形式（「虐待または重大な侮辱を加えたことから行為を行った」）が存在する場合にも適用されうるため、我々の調査では、一般条項のほかに具体的な減軽メルクマールを含む独自の減軽構成要件と解される。

総じて、加重構成要件の領域における規定は、——イングランドおよびウェールズの場合ほどに厳格ではないとしても——どちらかといえば弾力性がないが、基本構成要件や減軽構成要件の領域では、きわめて柔軟である。

### II. 3. 2. ポルトガル

ポルトガルの刑法は、構成要件の領域において、特に高度の柔軟性と細分化を裁判所に認めている。ポルトガル刑法131条の „homicidio“ と呼ばれる基本構成要件は、「単純な」故意殺人に関して、8年以上16年以下の自由刑を定めているが、同法72条および73条の一般の量刑規定により、行為の不法内容と責任内容または処罰



の必要性を明らかな形で減少させる諸事情がある場合には、1 年 7 月以上10年 8 月以下の自由刑に減軽されうる。

犯情の重い事案に関して、同法132条の „homicidio qualificado“ と呼ばれる構成要件は12年以上25年以下の自由刑を定め、同様に、同法72条および73条により、2 年 5 月以上16年 8 月以下の自由刑に減軽されうる。25年の自由刑が、許容される最も重い刑罰である。犯情の重い事案は、同法132条 1 項の一般条項によれば、行為が「特別な非難可能性または異常性を明らかにする諸事情の下で遂行される」場合に存在する。2 項では、これに関して具体的ではあるが、閉じられたものとも必要的なものとも考えられない典型例として、行為者の特性（公務員による権限の濫用）あるいは被害者の特性（直系血族、体質を条件とする無抵抗、特別公務員）、遂行態様（残酷な、公共にとって危険な、陰湿な）、動機（性的またはその他の下劣な動機、人種間の憎悪など）、主観的態度（冷淡さ、計画性）および意図（別の犯罪を容易にすること、隠蔽することや援助すること）に着目している。

犯情のあまり重くない事案に関して、同法133条の „homicidio privilegiado“ と呼ばれる減軽構成要件は 1 年以上 5 年以下の自由刑を定めており、一般規定によれば、さらに 1 月以上 3 年 4 月以下の自由刑に減軽されうる。同法133条では、無理からぬ激しい興奮、同情、自暴自棄または社会的もしくは道徳的に優れた動機が、広く一般的に捕捉される。

基本構成要件と加重構成要件の領域における正当にも広い刑罰枠、および同様にきわめて広く定式化された一般的な量刑規定による減軽の選択を伴った一般条項に基づく構成要件を総合するならば、ポルトガルの裁判所には幅広い多様な可能性が認められる。その可能性は、いずれの事案においても正当とみなされる刑罰を科すことだけでなく、構成要件上の格付けと結びついた行為の外形上の加重を具体的な制裁から広範囲にわたって離れることを許容するのである。

### II. 3. 3. スイス

スイスの規定は、調査されたすべての法秩序のうち、大規模に細分化できる点で最も柔軟である。加重構成要件と減軽構成要件の諸条件は、ポルトガルの場合よりも一般的に定式化され、3つのすべての構成要件上の格付けの刑罰枠は、それらの下限が一般の量刑規定に基づき同様に下回ることができ、相互により強く重なり合っている。

基本構成要件は、スイス刑法111条により、„Vorsätzliche Tötung“ と呼ばれ、5 年以上20年以下の自由刑が科せられるが、同法64条で挙げられる、広くカバーされ



た減軽事由の1つが存在する場合には、64条と65条の一般の量刑規定により、1年の自由刑にまで減軽されうる。„Mord“と呼ばれる、犯情の重い事案は、同法112条の一般条項により、行為者が「特にためらいなく」遂行する、「すなわち、動機、犯行の目的または実行の性質が特に非難すべき」ものである場合に存在する。刑罰として、終身刑または10年以上20年以下の自由刑が定められ、同法64条および65条により同様に1年の自由刑にまで減軽されうる。同法113条の„Totschlag“と呼ばれる減軽構成要件は、一般条項のように、行為者が「免責されうる激しい心の動揺または多大な精神的負担により」遂行する事案に関して、1年以上10年以下の自由刑を定める。ここでも、同法64条および65条により3日の自由刑にまで減軽されうる。

加重構成要件と減軽構成要件の開かれた定式化、および、その刑罰枠の幅と特に強い相互的な重なり合いに基づき、裁判所は、構成要件上の格付けや行為の外形的標識の場合でも、行為者に制裁を科す場合でも、多大な自由を有し、さらに、両者の決定は広範囲にわたって互いに独立して行われうる。

## II. 4. 犯情の軽い事案としての基本構成要件（2段階体系）：フランス

フランスの法秩序は、基本構成要件と加重構成要件に関しては、3段階体系に相当する。しかし、それは、固有の減軽構成要件を定めるのではなく、一般的な量刑規定による犯情のあまり重くない事案の軽い処罰を可能とする。基本構成要件は、フランス刑法221-1条により„meurtre“と呼ばれ、30年の自由刑で処せられる。しかし、同法132-18条の一般規定によれば、この刑罰の固定は上限としてのみ理解され、その下限は1年の自由刑である。その場合、「標準的な刑罰枠」と特別な刑の減軽との区別は行われない。

加重構成要件には、フランス刑法221-2条、221-3条および221-4条が含まれる。それらはすべて終身刑を定めているが、同法132-18条により、一般に2年以上30年以下の自由刑で補われうる。まず、„assassinat“と呼ばれる同法221-3条の計画性のある殺人（„préméditation“）を挙げることができる。それに対して、犯情の重い殺人の別の形式に関して、刑法は、特別な犯罪名称を定めていない。同法221-2条は、重い犯情に関して、殺人が客観的または主観的に別の犯罪と結びついていることを前提とし、221-4条は、被害者が15歳未満であること、行為者の子孫または親であること、特別な状況（高齢、病気など）に基づき無力であること、または特定の公務員ないし殺害により訴訟に影響が生じる裁判手続の関与者であることを要求する。

フランスの裁判所もまた、刑罰枠の広さおよび非常に強度な重複に基づき、関連

する構成要件や刑罰の確定において極めて自由である。しかし、例えばポルトガルやスイスの体系とは異なり、特別な刑の減輕の可能性を伴った様々な構成要件の共同作用から生じる、細分化され格付けされた刑罰枠はない。

## II. 5. 1 段階の体系：イタリア

イタリア法は——嬰兒殺などのような考慮されない特別構成要件のほかに——„omicidio“ と呼ばれる故意殺人の構成要件（イタリア刑法575条）だけを規定している。その刑罰枠は、21年以上24年以下の自由刑であるが、特別（同法576条、577条）および一般（同法59条以下）の刑罰加重事由と刑罰減輕事由の複雑な体系に基づき、5年以上終身刑以下の期間に拡張される。

刑罰加重事由と刑罰減輕事由は、多数の様々な要因を捕捉しており、その適用によって、多数の様々な限界づけられた刑罰枠が導き出される。それゆえ、事実審の量刑の評価はかなり限定される。もっとも、個別の刑罰加重事由や刑罰減輕事由の適用および相互の考慮においては、裁判所には判断の余地はわずかである。しかし、これらの考慮は、もはや犯罪構成要件上の格付けの領域に分類されえないため、後に取り上げることにする。

## III. アンケートの結果

### III. 1. 事例類型の決定的な要因

4つの事例類型は、Tに関して、それぞれ様々な強度の負荷要因と免責要因が重なり合う程度に定式化された。これらの要因は、構成要件の格付けにとっても、場合によってはありうる無罪や量刑にとっても重要となりうる。

負荷的要因として、すべての類型に関して、Tが、夫すなわち夫婦関係に基づき特別な配慮義務を負う人物を殺害したことが問題となる。もっとも、以下のような反論が考えられる。すなわち、Oは自己の態度によってこの夫婦関係を少なくとも事実上、Tによって特別な慎重さがもはや期待されえない程度に破綻させたというものである。さらに、類型1と3では、Oは眠っており、Tに無抵抗で身を委ねていた間に、TがOを殺害したことは、Tに対して重くのしかかる。最後に、Tは、類型1では、犯行計画を事前に立て、その犯行を目的に即して準備していた。それゆえ、Tには、犯行決意を熟考してその危機から別の回避方法を探す十分な時間もあった。

免責的要因に関しては、まず、すべての類型にとって同様に重要なTの大きな精神的負担が挙げられうる。それだけでなく、Oは自己の非難可能な態度に基づき重

大な共同責任を負う。直接的な犯行の誘発が類型3において初めて真摯に議論され、類型4では確実に認められうるとしても、である。さらに、すべての類型に関して明らかなのは、犯行の予防的な、更なる虐待を防止する特質である。なぜならば、Tは、類型1から3では、緊急事態に類似する状況にあり、類型4では、場合によっては正当防衛を根拠づける状況でさえあったからである。最後に、Tの状態が明らかに弁識能力および制御能力の低下に至ったことを裏付けるものがあり、類型2では最も強度に裏付けるものがあるが、類型1ではそれを裏付けるものは最も少ない。

個別の事例類型においてこれらの要因を形成するものは、以下の一覧表に纏められる。

	要因	類型1	類型2	類型3	類型4
負荷	夫の殺害	0	0	0	0
	寝入っている被害者	++	++	++	--
	熟考された計画	+	--	-	--
免責	精神的負荷	++	++	++	++
	誘発	0	0	+	++
	更なる虐待の危険	+	+	+	++
	低下した弁識能力および制御能力	0	++	+	+

++ = 強く形成される/とても可能性が高い

+ = 明らかに存在する/蓋然性がある

0 = 軽微である/影響は定かではない

- = むしろ存在しない/蓋然性がほとんどない

-- = 明らかに存在しない/完全に可能性はない

一覧表5：4つの事例類型における負荷的要因と免責的要因

\*一覧表4は省略

### Ⅲ. 2. 事例類型1

最初的事例類型では、負荷的要因は最も強く形成され、免責的要因は最も弱く形成される。特に、行為が咄嗟の決意に基づくものではなく、予め計画され斧の用意によって準備されていたことは、Tにとって不利になる。これらの諸事情の下で、極端な手段を選択してOを殺害するまでに、とにかくまず別の回避方法を検討することは、Tにとって容易であったであろう。しかし、他方で、Tが絶望して明確な考えを持つことができず、その意味で現実的な選択肢に至らなかったため、その行為全体は精神異常の状態によって決定されていることが考えられなくもない。

### Ⅲ. 2. 1. 基本構成要件としての犯情の最も重い事案を含む 2 段階体系

これらの諸国では、負荷的要因は、事案を構成要件上格付けする場合、免責的要因を中性化し、それにより減軽構成要件の適用を阻止することによって、間接的に作用するにすぎない。それゆえ、まず第 1 に、故意殺人の犯情のあまり重くない事案として行為を格付けるために、免責的要因が性質や強度に応じて十分であるかどうかが決定的である。

イングランドおよびウェールズでは、この点に関して、防御が低下した帰責能力の条件を立証することができること、または行為前の O の態度が十分直接的な誘発とみなされることが必要となろう。しかし、事前の計画や熟慮された実行行為に鑑みると、両方の可能性は考えられない。それゆえ、対談相手全員が、T は murder で有罪判決を下されるという意見であった。もっとも、陪審員がこの法的な規準を事実上変更するかどうかは、個別の回答者によって疑問視された。このような事案では不適切のようにみえる murder の終身刑という不可避の結論を理由として、陪審員による manslaughter への格下げはありうると考える者もいた。それだけでなく、責任能力の低下に関する確かな医者 の 所見を提示すれば、格下げに至るという防御の機会には十分に結果を期待させるものであろうという意見がかりうじて半数あった。

スウェーデンでは、裁判所は、負荷的要因と免責的要因を自由に相互に考量し、その事案を「犯情があまり重くない」ものとする場合には、減軽構成要件である dråp を適用することができる。この事例類型では明白に形成される負荷的要因があるため、その評価は無条件に考えられるわけではないが、同様に明白に存在する免責的要因もあるため排除されない。それゆえ、対談相手の見解は割れるが、裁判所の決定に関する予測はかなり近接している。

オーストリアでは、Totschlag の減軽構成要件は、犯行決意が強度の情動に基づき理解されることを前提とする（「一般に無理からぬ激しい心の動揺がある中で、思わず……する者」）。しかし、T が行為を事前に計画したため、この可能性は排除され、その結果、ほぼすべての対談相手の見解によれば、„Mord“ として特徴づけられた基本構成要件が一義的に適用されなければならない。

### Ⅲ. 2. 2. 3 段階体系

この体系では、負荷的要因は加重構成要件の適用へ導き、免責的要因は減軽構成要件の適用へ導く。さらに、基本構成要件の適用も考えられうる。なぜならば、負荷的要因それ自体は加重構成要件にとって十分でもなければ、免責的要因それ自体も減軽構成要件の適用にとって十分でもない、あるいは、これらの要因が相殺され

るからである。それゆえ、事案の分類は、2段階または3つのすべての段階の間で揺れ動き、その際、加重構成要件または減輕構成要件のいずれかは存在するが、基本構成要件が全く問題とならないことも考えられる。

ドイツでは、通説によれば、Mord の加重構成要件が優先的に検討されなければならない。T が負荷的な行為事情に基づき、Mord のメルクマールを実現した場合、この構成要件が適用されなければならない。事前に計画された、眠っている人の殺害は、判例の見解によれば、陰湿という Mord のメルクマールを明らかに充足し、その結果、対談相手も最初的事例類型では明確に Mord による有罪判決を予期する。ドイツ刑法211条の文言によれば必然的に科されるべき終身刑は、後で述べるように、別の方法でも回避されうするため、誰も裁判所が構成要件上の領域で明確に法的規準を無視することを前提としなかった。それに対して、対談相手自身の見解では、2人の教授と1人の弁護人が——教授は判例とは異なる法的見解に基づき——Mord ではないという見解であった。

それに対して、ポルトガルの構成要件では、事案を自由に評価することができる。加重構成要件 homicidio qualificado は、一般に、「特別な非難可能性」を要求し、それは、なにかずく、「陰湿な手段」の使用や「冷淡さ」ないし「用いられた手段の熟考」の典型例によって具体化される。最初的事例類型では、この構成要件が、眠っている被害者の殺害や事前の計画を理由に絶対に適用されうであろう。T の強度の精神的負担を理由に、特別な非難可能性を否定することは、2つの典型例の実現があるにもかかわらず、可能であると思われる。他方で、とりわけ「無理からぬ激しい感情の高ぶり」を要求する homicidio privilegiado の減輕構成要件も、ここでは、T の熟考された計画があるにもかかわらず、完全に排除されない。対談相手は、加重構成要件と基本構成要件との間で、私見においても裁判所の決定の予測においても揺れ動く一方、減輕構成要件は関連するものとはみなさなかった。

スイスでは、一般に捕捉された加重的メルクマールと減輕的メルクマールに基づき、原則として、3つすべての構成要件的等級の適用は、最初的事例類型に関して可能である。それにもかかわらず、対談相手の誰もが、Totschalg の減輕構成要件が適用されうることを出発点としなかった。むしろ、「特にためらいのない」、「特に非難すべき」行為を要する Mord の加重構成要件と故意殺人の基本構成要件との間でのみ、私見に関しても裁判所の予測に関しても評価は揺れ動いた。

### Ⅲ. 2. 3. 基本構成要件としての犯情の軽い事案を有する2段階体系：フランス

ここでは、第1に、加重構成要件を適用するための負荷的要因は十分かどうか、

第2に、同様に負荷的要因は免責的要因によって再び打ち消されないのかが重要である。両方の条件のうち1つが正しくないならば、基本構成要件が残される。

フランスでは、フランス刑法221-3条の明確な規準に基づき、行為は、熟考された計画であるがゆえに、制定法によって „assassinat“ と呼ばれる加重された事案とみなされなければならない。それに相応して、対談相手の評価は明確であった。もっとも、裁判所による決定の予測に関しては、参審員は重大な免責的要因に鑑みて制定法に従わず、基本構成要件を理由としてTに有罪判決を下す可能性を述べる者もいた。

### Ⅲ. 2. 4. 1段階体系：イタリア

イタリア刑法575条による omicidio の単一構成要件が対談相手全員によって問題なく肯定された。

### Ⅲ. 2. 5. 評価

対談相手の評価は、様々な国で異なる結果が認められるものの、いくつかの類似性を示した。イングランドおよびウェールズ、オーストリア、ドイツ、フランスでは、犯情が最も重い構成要件、すなわち、イングランドおよびウェールズやオーストリアでは基本構成要件が、ドイツやフランスでは加重構成要件が適用されなければならない。アンケートを受けた諸国の法律家はこのこと自体——ドイツを除き——一貫して正当と認めた。もっとも、イギリスやフランスの対談相手には、それらの国で判断する陪審・参審裁判所に関して、そのような判決が一般人には重すぎると考えることを理由に、場合によっては異なる決定を予測する者もいた。

スウェーデン、ポルトガル、スイスでは、回答者は、あらゆる要因を広範囲にわたって自由に考慮することをもとにして、事案がいかなる構成要件に含まれるべきかを自ら決定することができた。それに相応して、見解は明確に二分した。スウェーデンでは、基本構成要件を支持する者が約半分で、減輕構成要件を支持する者が残りの半分であり、ポルトガルでは、加重構成要件を支持する者が半分で、残りの半分が基本構成要件を支持した。スイスでのみ、明白に多数が基本構成要件を支持し、加重構成要件に反対した。減輕構成要件は、3段階体系において——ドイツの対談相手を除き——誰も支持しなかった。

上述の評価要因のうち、ほぼすべての国において、計画されかつ熟考された実行行為および睡眠中の無抵抗の被害者の殺害が強調される一方で、永続的な虐待によるTの精神的負担が強調された。両方の負荷的要因により、イングランドおよびウェールズやオーストリアでは、減輕構成要件の要請は明らかに失当となり、熟考

された計画や実行行為を理由とする。というのも、誘発による咄嗟の決意並びに弁識能力および制御能力の十分な低下はないからである。ドイツやフランスでは、加重構成要件は、その諸事情に基づき、必然的に適用されなければならない。ポルトガルやスイスでも、加重構成要件を肯定した対談相手は、それらの要因をその格付けの根拠とし、スウェーデンでは、半数の回答者によって主張された減輕構成要件の否定は、優先的にその要因でもって根拠づけられた。他方で、行為を犯情の軽い格付けに位置づけることに関して判断の余地を活かす対談相手全員においては、Tの一般的な精神的負担が重要な位置を占めた。

それに対し、構成要件上の格付けにおいて、様々な評価要因の重要性のほかに、刑罰や行為の外形的なラベリングに対するこの決定の効果が1つの役割を担うかどうかは、多くの場合、はっきり確認できない。もっとも、イングランドおよびウェールズでは、回答者によっては可能と考えられた行為の manslaughter への格下げは、とりわけTが終身刑にならないことを理由に陪審員によって行われることが前提とされなければならない。このことは、ドイツとの比較でも示される。ドイツでは、制定法によれば同様に必然的な終身刑は、別のメカニズムを手段として回避されることができ、構成要件上の格付けは（いずれにせよ、裁判所による決定の予測の場合には）これ以上問題とされなかった。

他方で、フランスでは、参審員が明確な制定法の姿勢に反して加重構成要件ではなく、基本構成要件のみを判定するであろうという予測は、特に犯情の重い assassinat の外形上のレッテルを回避することへの要求でもって説明されうる。というのも、両者の刑罰枠は広範囲にわたって重なるため、Tに対して科されるべき刑罰の重さは、実際の考察にあたり構成要件上の格付けによって影響を受けないからである。

それに対して、他の法秩序では、対談相手による行為の格付けは——少なくとも個別の構成要件の領域では——この視点によっては十分確実に説明できない。確かに、様々な構成要件は、一部明確に互いに異なる刑罰枠へと導くが、これらの相違は、一般的な量刑規定に基づき構成要件上の刑の下限を下回ることによって、さらに緩和されうる。それゆえ、構成要件の決断が、適切とみなされる刑罰の重さに左右されるか、あるいは行為の特別な外形上の標識への要求によって決定されるかは、更なる情報なくしては確認できない。

### Ⅲ. 3. 事例類型2

2番目の事例類型では、行為は、事前の計画ではなく咄嗟の決意に基づくもので



あり、その結果、本質的な負荷の要因としては、寝入っている被害者の殺害のみが残される。これに対し、免責の要因は、最初の事例類型の場合よりも明らかに強く形成される。すなわち、確かにOの具体的な行為の誘発は欠けているが、Tは、一般的な精神的負担を超えて弁識能力および制御能力の著しい低下を容易にもたらし激しい興奮状態で遂行したのである。

### Ⅲ. 3. 1. 基本的構成要件としての犯情の最も重い事案を含む2段階体系

重要となるのは、咄嗟の激情を伴う行為の遂行が減輕構成要件の適用を可能とするかどうか、あるいは、最初の事例類型に対して行為事情の著しい変更があるにもかかわらず基本構成要件にとどまるかどうかである。

イングランドおよびウェールズでは、manslaughter への行為の格下げに関しては、事例類型1の場合と同様に、帰責能力の低下またはその誘発という抗弁が認められることが必要であろう。両者は、ここでは、きわめて大いにありうるように思われる。特に、誘発という抗弁は直接的な行為のきっかけがないことで必ず失敗するわけではなく、Oの全体の態度がその限りで十分なものとみなされうる。それでも、その弁護が高度な要求を実際に満たすかどうかという疑念が引き続き述べられている。それゆえ、対談相手の多くは、この事例類型でも murder があるという意見であった。それに対して、陪審員には、murder よりも manslaughter を支持することが一致して予期された。最後に、イングランドおよびウェールズでは殺人の故意に関して犯情の重い傷害罪の故意で足りるにもかかわらず、少なくとも13人の対談相手のうち6人は、その対談において明確に作られた基準に反して殺人故意を疑問視した。

スウェーデンでは、すでに最初の事例類型において、大多数の対談相手が、あらゆる事情を必要的に考慮すると、Mord ではなく、減輕構成要件 dråp が適用されるべきであるという意見であった。それゆえ、2番目の事例類型において、明らかに多数の者が Mord に反対し、意見の異なる2人の対談相手が、裁判所に対し犯情の軽い構成要件による有罪判決を予期したことは驚くものではない。この評価の根拠としては、特に、Tが行為を事前に計画したのではなく、咄嗟に決意したという事情が挙げられた。ここでも、対談相手によって殺人の故意が疑問視された。

オーストリアでは、Totschlag の減輕構成要件は、行為決意が後付け可能な強度の情動からもたらされること（「無理からぬ激しい感情の高ぶりですわ……する」）ことを前提とする。2番目の事例類型におけるTの状態がこの要求に相当するかどうかは未解決だが、全くもって可能である。その結果として、明らかに多数



の者が Mord に反対した。

### Ⅲ. 3. 2. 3 段階体系

この事例類型の場合でも、寝入っている被害者の殺害に鑑みると、加重構成要件が適用されることは排除されない。他方で、免責的要因は、ここでは、減輕構成要件または少なくとも基本構成要件の適用のほうが原則として予期されうるほどに重要な位置を占める。

ドイツでは、寝入っている被害者であるが故に、さしあたり事例類型1と同様に、陰湿のメルクマールを肯定することは自然である。もっとも、判例は、この点に関し、行為の主観的側面において被害者の無防備および無抵抗を意識的に利用することを要求する。しかし、Tの興奮状態に鑑みれば、Tにはその意識は欠けており、Mordの構成要件はそれにより除外されることは、十分にありうるように思われる。この障害が克服されるならば、Totschlagの基本構成要件だけでなく、興奮状態のゆえに、一般的な「犯情のあまり重くない」事案の形式の減輕構成要件が問題となる。この判断の余地は対談相手により明確に利用され、その結果、私見においても裁判所の決定の予測においても、3つすべての可能性に関して複数の意見があった。その際、その格付けは、専ら、加重構成要件と基本構成要件との間、あるいは基本構成要件と減輕構成要件との間で揺れ動いた。

ポルトガルでは、加重構成要件の適用は、「陰湿な手段」の典型例であるが故に、確かに完全に排除されないように思われるが、行為決意をもたらすTの後付け可能な興奮状態に鑑みると、行為の「特別な非難可能性」はほとんど問題となりえない。他方で、とりわけ「無理からぬ激しい感情の高ぶり」を要求する減輕構成要件の適用を支持する者が多い。実際、この最も犯情の軽い構成要件を支持する者が明らかに多数であり、基本構成要件は少数の者のみによってどちらかといえば肯定され、加重構成要件は検討されなかった。

スイスでも、法的な規準に従って、減輕構成要件（「免責しうる激しい感情の高ぶり」）の適用を支持する者が多く、加重構成要件（「特にためらいのない」）に反対する者は全員である。それゆえ、アンケートの結果は、基本的には、ポルトガルの結果と合致する。

### Ⅲ. 3. 3. 基本構成要件としての犯情の軽い事案を含む2段階体系

この事例類型では熟考された計画が欠ける以上、加重構成要件の適用は、寝入っている被害者の殺害または被害者は夫であるという事実を根拠としうる。しかし、

フランスでは、両者は犯情の重い故意殺人の加重的メルクマールではない。それゆえ、結局、基本構成要件だけが問題となった。それでも、対談相手の多数（18人のうち10人）は、その規準に反してTの殺人の故意を疑い、フランス刑法222-7条による傷害致死罪の犯情の軽い構成要件の適用を検討した。

### Ⅲ. 3. 4. 1 段階体系：イタリア

イタリア刑法575条による omicidio の単一構成要件が対談相手のほぼ全員によって問題なく肯定された。ただ1人だけ——傷害致死罪に相当する——イタリア刑法584条による „präterintentionalen Tötung“ への行為の格下げの可能性を検討したが、裁判所のそのようなやり方には蓋然性があるものとは考えなかった。

### Ⅲ. 3. 5. 評 価

対談相手の評価は、傾向上、最初の事例類型の場合よりも一致する。あらゆる国において、この事例類型は、構成要件上の格付けをしかるべく変更させる最初の事例類型よりも著しく軽く判断される。

イングランドおよびウェールズでは、manslaughter への格下げに関して、帰責能力の低下または誘発という狭い前提条件が充足されなければならないが、それは、少なくとも疑問視されているようである。それでも、対談相手の一部は、murder は存在しないという意見を持ち、陪審員の決定に関しては、全員がどちらかといえば manslaughter を前提とした。他方で、この予期は、この事例では完全に不適切と思われる、murder の終身刑という必然的な帰結にあるといってよいだろう。ドイツでは、「陰湿」というMordのメルクマールの客観的条件は、最初の事例類型の場合と同様に充足されるが、主観的条件は疑問視されうる。それに応じて、Mord を支持する対談相手はごく一部で、残りは基本構成要件と減輕構成要件との間で揺れ動いた。さらに、最も犯情の重い殺人構成要件が慎重に検討されたのは、オーストリアであった。なぜならば、それが基本構成要件であり、減輕の要求はむしろ狭く定式化されているからである。しかし、対談相手の3分の2は、当該類型でも、減輕構成要件を出発点とした。

他のすべての国では、一義的に最も犯情の軽い構成要件が該当すると判断されるか（スウェーデン）、標準的な構成要件と減輕構成要件との間で見解が分かれた（ポルトガル、スイス）。フランスでは、それどころか、多数の者は、犯情の軽い事案である基本構成要件で折り合いをつけるのではなく、国別報告者の明確な対談規準に反して、Tの殺人の故意を疑問視した。

決定的な評価要因として、あらゆる国で、Tが行為を事前に計画したのではなく、興奮状態の影響下で咄嗟に決意したという事情が示された。この事情が一般的な精神的負担と結びついて犯情の最も軽い構成要件の適用へとおよそ至らなかったことは、とりわけ、具体的な興奮の強度に関する事態の曖昧な定式化にある。それゆえ、主として、減軽に対してより厳格に要求される諸国では、多くの対談相手によって、その激情が十分に強度のあるものかどうか疑問視され、それゆえ、ドイツでは、「陰湿」という Mord のメルクマールの主観的側面を肯定することも可能または適切と判断する者もいた。

最後に、この事例類型の場合でも、以下のことが前提とされなければならない。すなわち、イングランドおよびウェールズでは、裁判所による決定の予測は終身刑の回避の必要性によって決められ、フランスでは、殺人罪の基本構成要件の刑罰枠も下方へ広範囲に及ぶため、構成要件上の格下げ（ここでは、傷害致死罪）は、該当する外形上のレッテルの回避の必要性と関連している、ということである。これに対して、構成要件の格付けが他の国でも、その格付けと結びついた、刑罰や行為の外形上のレッテルに関する帰結に左右されたことの根拠はなかった。

### Ⅲ. 4. 事例類型 3

3番目の事例類型は、2番目の事例類型に近い。そこに横たわっている鈍器の代わりにナイフを犯行道具として選択することが実行時により熟考したことの根拠になるとしても、2番目の事例類型と同様に、事前の犯行計画という負荷的要因はなく、寝入っている被害者を殺害したことは、変更なくTに重くのしかかる。もっとも、免責的要因の側面では、被害者の明らかな誘発行為があるところ、確かに犯行の直接の原因ではないが、30分という狭い時間的間隔の中で行われている。他方で、その事態は、Tの具体的な興奮状態を表すのではなく、そのような興奮状態は、事前の犯行計画がないこと、および、その誘発がそれほど過去のものではないことから間接的に推論されうるにすぎない。

したがって、法的な前提状況は、広範囲にわたって2番目の事例類型の状況と一致する。本質的な免責的要因は、他の要因にとって代わるにすぎなかった。

#### Ⅲ. 4. 1. 基本構成要件としての犯情の最も重い事案を含む2段階体系

イングランドおよびウェールズでは、この事例類型の場合、対談相手のほぼ全員によって、誘発という抗弁に十分な見込みがあることが認められた。その際、誘発と犯行との間の30分という間隔は確かに問題がないわけではないが、最終的に十分

な阻却事由と判断されなかった。それに対して、低下した帰責能力の抗弁は、むしろ、慎重に判断された。いずれにせよ、大多数の者は、自己評価——これは事例類型 2 と明白な違いがある——でも、陪審員決定の予測でも manslaughter を前提とした。殺人の故意は、ここでは、ナイフを利用したことを理由に、2 人の対談相手によって問題とされるにすぎなかった。

スウェーデンでは、この事例類型の評価は、2 番目の事例類型と類似している。もっとも、ここでは、2 人の対談相手が基本構成要件 Mord を前提とし、1 人は、十分な激情が T には存在せず、誘発との時間的間隔があまりにも大きいことを理由に、相応しい裁判所の決定も予測した。殺人の故意は疑問視されることはなかった。

オーストリアでは、減輕構成要件が適用されうるかどうかという対談相手の不確実性は、2 番目の事例類型の場合よりも大きかった。多くの場合、それに必要な強度の激情が実際に T にあったかどうかが問題となるように思われた。

### Ⅲ. 4. 2. 3 段階体系

2 番目の事例類型と同様、寝入っている被害者であることを理由に、加重構成要件の適用が排除されることはないが、ここでも、誘発は、免責的要因として、減輕構成要件または少なくとも基本構成要件が適用される方が自然であるほどに重要な位置を占める。

ドイツでは、事例類型 2 の場合と同様に、陰湿という Mord のメルクマールの主観的条件が存在するかどうかが問題となる。これが否定されるならば、犯行の誘発による減輕構成要件の適用が極めて自然である。それゆえ、事例類型 2 とは対照的に、考えは加重構成要件と減輕構成要件との間で直接揺れ動き、基本構成要件はほぼ一致して否定された。この場合、終身刑と 6 月以上 5 年以下の自由刑との間の決定が問題となったという事実を鑑みれば、その結果はほとんど実体に即したものではない。ドイツ法は、裁判所に対し、この事例類型の場合、折衷案という柔軟性を明らかに認めていないのである。

ポルトガルでは、3 番目の事例類型は、総じて、2 番目の事例類型よりもいくらか重く格付けされた。加重構成要件は、対談相手によって検討されたが否定され、基本構成要件は比較的よく挙げられた。それでもなお、たとえ減輕構成要件に必要な激情がその事態から間接的にしか推論されえないとしても、重点は減輕構成要件に置かれた。

スイスでは、法的状況もアンケートの結果も、主として、ポルトガルの場合に相

当する。ここでも、3番目の事例類型は、2番目の事例類型よりもいくらか重く格付けされている。

### Ⅲ. 4. 3. 基本構成要件としての犯情の軽い事案を含む2段階体系

フランスでは、2番目の事例類型とは対照的に、再度、加重構成要件が肯定される。というのも、犯行決意の形成と実行行為との間に30分の間隔が存在し、それゆえ事前の熟慮という加重のメルクマールが存在しうるからである。このことは、対談相手の発言に明らかに反映されている。同時に、殺人の故意は、2番目の事例類型の場合よりも極めて少数の対談相手によって疑問視され、その結果、圧倒的に加重構成要件と基本構成要件との間で格付けが行われた。総じて、この事例類型は、2番目の事例類型よりも明らかに重く評価された。

### Ⅲ. 4. 4. 1段階の体系：イタリア

イタリア刑法575条による omicidio の単一構成要件が対談相手全員によって問題なく肯定された。

### Ⅲ. 4. 5. 評価

対談相手の評価は、事例類型3の場合、全体的な傾向が依然として類似しているとしても、事例類型2よりも分かれている。その違いは、とりわけ、明白な被害者の誘発行為が事例類型2で優勢なTの興奮状態に対していかに格付けされるかにある。その際、様々な法秩序の異なった規準により、事例類型の評価において明らかな相違点が生じることが示される。

イングランドおよびウェールズとドイツでは、誘発が構成要件において直接に減輕のメルクマールとして引き合いに出され、他方で、激情は、低下した帰責能力の強度に達しない限りで、ほとんど役割を果たしていない。それに相応して、これらの国では、事例類型3は事例類型2よりも明らかに軽く格付けされている。

それに対し、スウェーデンでは、全体の問題となる諸事情を手がかりとして考量が自由に行われる。対談相手は、明らかに事例類型2と事例類型3との間の評価の違いを述べなかった。

これに対し、オーストリア、ポルトガルおよびスイスでは、減輕構成要件は、事例類型2で明らかに存在する行為者の興奮状態を優先的に着目するところ、その状態は事例類型3では誘発行為から間接的にしか推論されえない。これらすべての国では、一貫して、事例類型3は、事例類型2よりもいくらか多く基本構成要件に分

類され、減軽には事例類型 2 ほど分類されなかった。

最後に、フランスでは、両者の事例類型の構成要件上の格付けにおいて、最も大きな違いがもたらされた。誘発と犯行との間の時間的間隔を理由に、事例類型 3 の場合、加重構成要件が一部において再度可能と考えられ、凶器であるナイフに鑑みて、殺人の故意を疑う対談相手はほとんどいなかった。

### Ⅲ. 5. 事例類型 4

事例類型 4 の場合、T は夫に差し迫って脅されている。それゆえ、事前の犯行計画という負荷的要因だけではなく、寝入っている被害者の無抵抗の利用という負荷的要因もない。他方で、誘発や更なる虐待の危険といった免責的要因は強く形成されるため、正当防衛による無罪が自然であり、いずれにせよ最初から排除されえない。また、T の精神状態は強く興奮させるものであろう。

したがって、犯情の最も軽い構成要件の格付けに事例類型を分類することは全員賛成である。もっとも、正当防衛による無罪あるいは免除に至るまでの刑の減軽の問題は、それに対して構成要件の分類が非本質的にみえるほどに重要な位置を占めるようになる。さらに、この類型は、T の殺人の故意を疑問視する根拠を最も容易に提供する。というのも、T は熟考する機会なしに切迫した苦境から咄嗟に行動したからである。

#### Ⅲ. 5. 1. 基本構成要件としての犯情の最も重い事案を含む 2 段階体系

イングランドおよびウェールズでは、構成要件上の格付け問題は個別に回答できない。起訴内容はそもそも格上げされる限りで必然的に murder となるため、陪審員は、正当防衛による無罪、manslaughter への行為の格下げ、過失致死罪への行為の格下げまたは Mord の認定との間で決定しなければならない。しかし、この事例類型に意見した対談相手 10 人全員は、どちらかといえば無罪を前提とし、さらに、主として殺人の故意を疑問視した。それゆえ、誘発や低下した帰責能力という抗弁は単に補助的に論じられ、その際、それが実際に重要となる場合には、同様に、勝ち目が十分にあることが認められる。それにより、murder による有罪判決は明らかに考えられないため、その有罪判決が対談の中でそもそもはっきり述べられることはなかった。

スウェーデンでも、Mord の構成要件を前提とする対談相手はいなかった。それだけでなく、多くは殺人の故意を疑問視した。殺人の故意が正しいものと前提とされるならば、各回答者は減軽構成要件を適用したのであろう。

オーストリアでは、その様子ははっきりしなかった。減輕構成要件の適用は具体的な激情を条件とするが、それは、その事態の規準によれば、確かに分かりやすいが、確かなものではない。さらに、ここでも、殺人の故意は、多くの対談相手（13人中6人）によって疑問視された。

### Ⅲ. 5. 2. 3段階体系

それぞれの負荷的要因がないことに鑑みると、加重構成要件の適用は問題とならない。基本構成要件または減輕構成要件への的確な分類は、これらの国でも、正当防衛の問題に対して影が薄くなる。

ドイツでは、構成要件上の格付けに関しては、少数の対談相手しか述べなかった。減輕構成要件の一括した定式化に鑑みると、有罪判決の場合、明らかに減輕構成要件しか問題とならない。殺人の故意は、半数の対談相手によって疑問視された。

ポルトガルでは、更なる議論なしに、減輕に必要な激情は否定され、基本構成要件が想定された。殺人の故意は、1人の対談相手によってのみ問題視された。

スイスでも、構成要件上の格付けには決定的な意義が認められなかった。それでもなお、対談相手は、それに関して詳細に意見を述べ、Tの必要な興奮状態に関する不確実性に鑑みて、基本構成要件と減輕構成要件との間で揺れ動いた。殺人の故意は、ポルトガルの場合と同様に、1人の対談相手によってのみ問題視された。

### Ⅲ. 5. 3. 基本構成要件としての犯情の軽い事案を含む2段階体系

フランスでは、加重構成要件は対談相手全員によって排除された。さらに、17人中14人は、殺人の故意を問題としたため、主として、評価は基本構成要件と傷害致死罪との間にあった。

### Ⅲ. 5. 4. 1段階体系：イタリア

ここでも、イタリア刑法575条による omicidio の単一構成要件が大部分の対談相手によって問題なく肯定された。もっとも、10人のうち3人は、殺人の故意を疑問視した。

### Ⅲ. 5. 5. 評価

事例類型4に関する結果も、その傾向において明らかに一致する。多くの国で正当防衛による無罪が多数問題となったため、しばしば、構成要件上の格付けに関し



て意見を述べたのは一部の対談相手のみであった。各国の法が加重構成要件を含む限りで、その構成要件は誰にも検討されなかった。具体的な興奮状態を条件とする減軽構成要件（オーストリア、ポルトガル、スイス）は、多くの場合（オーストリア、スイス）、検討されたが、確実に肯定されず、他方、ドイツやスウェーデンでは一括して「犯情のあまり重くない事案」に関して定められた減軽が正当防衛との近接性を理由に一致して認められた。最後に、Tの殺人の故意は、他の事例類型の場合よりも非常に強く疑問視された。

### Ⅲ. 6. すべての事例類型に関する結果の全体的評価

4つの事例類型の構成要件上の格付けに関する結果は、驚くべきことに類似している。特に、各々の法的規準に基づき法適用に残された決定の余地が、一貫して同じ方向で用いられている。

事例類型1は、すべての国で最も重大なものとみなされ、少なくとも一部の回答者によって犯情の最も重い構成要件に分類されている。もっとも、この分類は、制定法または最高裁の規準から必然的にもたらされない限りで、すべての関係国では、大多数の対談相手によって否定され（スウェーデン、ポルトガル、スイス）、決定する余地のない法秩序でさえ、自己評価や裁判所の態度の予測では、該当する法的規準に抗う対談相手もいる。

事例類型2と事例類型3に関しては、その結果は明らかに犯情の軽いものであった。すべての国で、たとえ犯情の最も重い構成要件や標準的な構成要件がすべての回答者によって排除されないとしても、犯情の最も軽い構成要件を適用する傾向が明らかにある。両類型のうちいずれが重い類型または軽い類型とみなされるかは、それぞれの法的規準に左右される。すなわち、減軽構成要件が具体的な激情を条件とする限りで、事例類型2は軽い類型と格付けされ（オーストリア、ポルトガル、スイス）、それに対し、減軽構成要件が明白に特別な犯行の誘発に着目する限りで、事例類型3が軽い類型とみなされる（イングランドおよびウェールズ、ドイツ）。スウェーデンでは、制定法が自由に考慮することを認めており——その結果、両方の事例類型は、主として、同様に評価され、他方で、フランスでは、事例類型2の格付けは、とりわけ——事例類型3との違いやインタビューをする者の明白な基準に反して——殺人の故意が持続的に疑われたため、犯情の軽いものとなった。

最後に、事例類型4については、すべての国で明確な評価を得ることができなかった。なぜならば、正当防衛による無罪の問題が、しばしば、構成要件の問題がもはや述べられないかまたは副次的なものとみなされるほどに、重要な位置を占め



たからである。

かくして、対談相手の回答は、あらゆる国を超えて類似している。法的な規準が可能な格付けしか認めない場合、その格付けは、ほぼすべての対談相手によって実際に行われた。例外は、イングランドとフランスにおける最初の事例類型に関する裁判所による決定に対する予測だけである。そこでは、大部分の回答者が、陪審・参審員が行為者に対する同情から、場合によっては現行規定を無視することを前提とした。

それに対し、構成要件の決定において国内で大きな判断の余地があるとき、それは対談相手によって利用された。国内においてしばしば生じたのは、評価における明白な違いである。統計学的な分析では、この報告は対談相手の職業上の機能との関係でもたらされ、その組織的な関係が調査された。その際、多くの国では、以下のような方法で、明白な相関関係が示された。すなわち、アンケートを受けた検察官は、どちらかといえば、裁判官よりも厳格に判断する傾向にあり、他方で、裁判官は刑事弁護人よりも厳格に判断する傾向にある、というものである。しかし、裁判所による決定の予測の場合、その違いは、少なくとも著しく緩和され、あるいは、それどころか完全になくなった。それに対して、別の国では、そのような関係は確認できなかったか、あるいは、それどころか検察官と裁判官が刑事弁護人よりも軽く評価した。

（金子 博）

## 第13章 不処罰事由 (§ 13 Straffreistellungen, S. 821-838.)

### I. 概 観

不処罰事由は、行為者（Täter）が犯罪構成要件メルクマールを実現したにもかかわらず、不処罰にとどまる特殊事情を内容とする、消極的に定式化された可罰性要件である。不処罰事由は、ドイツ、イタリア、オーストリア、ポルトガル、スイスにおいては一般に「正当化（Rechtfertigung）」と「免責（Entschuldigung）」との区別に基づいて体系化されているのに対し、イングランドおよびウェールズ、フランス、スウェーデンにおいては対比可能なほど厳密には区別されていない。もっとも、Tの可罰性しか問題としていないことに加え、法効果における潜在的な相違（例えば、Oの正当防衛権は観念しうるかに関して）は議論の対象としなかったため、不処罰事由の体系は、我々が行った調査においては特別な意義を獲得しなかった。

調査のために選択した事例において、正当防衛を理由としたTの可罰性の阻却は、事例類型4についてのみ問題とされた。これに対して、緊急避難を理由とした不処罰事由は、当該事案においては十分な現実的な危険状況が存在しない、あるいはTには、当該手段以外にも期待可能と考えられる退避という手段が残されているという理由からいずれの国の対談相手によっても明確に否定された。

## II. 事例類型4における正当防衛によるTの不処罰

### II. 1. 法的準則

正当防衛は、調査を行った法秩序のいずれにおいても、不処罰事由として承認されている。正当防衛は、一方で実際の攻撃によって惹き起された正当防衛状況を要件とし、他方で防衛行為が全体として適切 (angemessen) でなければならない。実際には正当防衛状況が存在せず、行為者が正当防衛状況を誤想しているだけであるか、あるいは防衛行為が——実際の、もしくは誤想された正当防衛状況で——許された限度を超過する場合、それにもかかわらず、大半の法秩序において、行為者は、誤想防衛、過剰防衛もしくは誤想過剰防衛を理由として不処罰にとどまる。

正当防衛状況についての要件は、調査された全ての法秩序において、同様に定式化されている。とりわけ、いずれの国においても、生命および身体の完全性は、正当防衛適格を有する法益にあたる。攻撃は、調査されたいずれの国においても、現在のものでなければならないとされた。その際、一部の国では、直接的な切迫性 (オーストリア、スウェーデン、スイス) で足りるということが明確に示された。また攻撃は、法秩序の行為要求に違反していなければならない。これに対して、我々の事案状況にとっても重要な相違は、攻撃の判断基準において示されている。すなわち、ドイツ、イタリア、オーストリア、ポルトガル、スウェーデン、スイスにおいては、実際の攻撃の存在は、攻撃者の視点をも考慮する客観的事後的分析に基づいて確定されなければならないのに対して、フランスでは、被攻撃者の事前的観点から判断される客観的な蓋然性で十分であり、またイングランドおよびウェールズにおいては、それどころか被攻撃者の主観的な表象だけが標準となるのである。それに伴い、フランス、イングランドおよびウェールズにおいては、誤想防衛という特別なルールの必要性も消失するが、その他の法秩序においては、このような状況については明文規定による指示に基づいて (イタリア、オーストリア、ポルトガル、スイス)、あるいは類推に基づいて (ドイツ、スウェーデン)、過失犯のルールが適用されている。

防衛行為は、調査されたいずれの法秩序においても、何らかの枠組みの中で必要(erforderlich)、均衡(verhältnismäßig)かつ適切でなければならない。もっとも、これらの要件の具体的な定式化に際しては、著しい相違が生じている。ドイツおよびポルトガルでは、制定法は、単に防衛は必要性の程度を超えないことだけを要求するのに対し、均衡性および適切性基準は、明文では予定されておらず、判例によって限られた例外的事例において超法規的な制限として援用されるにすぎない。これに対して、フランス、オーストリアにおいて、制定法は、確かに、まずもって同様に標準となる観点として防衛の必要性を強調するが、それに加えて、それによって選択された防衛手段と攻撃の重大性および危険性との間に不均衡が生じることは許されないということを明文で強調する。イタリア刑法典は、さらに進んで、一般的に防衛の必要性も、防衛の均衡性も要求する。最後に、イングランドおよびウェールズ、スウェーデン、スイスにおいては、当該正当防衛ルールは、判例によってそのつど包括的に解釈され、またこれらのすべての観点と関係する一般条項となっている。

	A	CH	D	F	GB	P	S	I
正当防衛状況：(生命あるいは身体に対する現在かつ違法な攻撃) —客観的攻撃（誤想の場合、過失ルール） —攻撃の客観的蓋然性 —攻撃の主観的確信	+	+	+	+	+	+	+	+
防衛行為 —必要性で足りるが、例外事例においてのみ制限有 —不均衡が存在しない限りで、必要性が標準となる —必要性と並んで、均衡性および適切性が一般的に必要	+	+	+	+	+	+	+	+
過剰防衛 —虚弱性情動による不処罰 —免責可能なor無過失による情動に基づく不処罰 —不処罰とならない	+	+	+	+	+	+	+	+
被告人の挙証責任 —疎明責任 —挙証責任	+	+	+	+	+	+	+	+

一覧表6：正当防衛を理由とした不処罰\*

\*一覧表6においては、紙面の都合上、各国の略称を用いた。なお略称は、それぞれ以下の国を表す。A＝オーストリア、CH＝スイス、D＝ドイツ、F＝フランス、GB＝イングランドおよびウェールズ、P＝ポルトガル、S＝スウェーデン、I＝イタリア。

防衛行為が許された限度を超える場合、過剰である。調査された法秩序の大半は、過剰が虚弱性情動に基づく（ドイツ、ポルトガル）場合、さらに——多くの国では——それを超えて、その事情に基づけば免責可能である（スウェーデン、スイス）、ないしは過失犯として処罰できない（イタリア、オーストリア）場合にも不処罰事由を予定している。イングランドとウェールズにおいては、過剰防衛それ自体は、確かに不処罰事由として承認されていないが、判例は被攻撃者の心理状況を既に均衡性の検討の枠内で考慮しており、その結果、後づけ可能な過剰反応は、正当防衛の抗弁を排除するには至らない。このような事例につき、可罰性の阻却を予定していないのは、フランスだけである。

最後に、実務にとってきわめて重要な問題は、被告人は、正当防衛を援用しようとする場合にどのような挙証要件を充足しなければならないかである。これについて、調査されたほぼ全ての法秩序において、——少なくとも理論的には——合理的な疎明しか必要ではない。検察ないし裁判所がこの疎明を打ち破ることに成功しない場合、被告人は不処罰とされる。フランスにおいてのみ、挙証責任が被告人に課されており、その結果、——我々の事案のヴァリエーションとは関係のない特殊状況を除けば——挙証の結果が正当防衛の存在を少なくとも蓋然的であると思わせる場合にしか不処罰とすることができない。

法的準則におけるこのような相違が事例類型 4 の解決にどのような影響を及ぼすかは、抽象的なレベルでは適切に評価できない。このことは、一方で、台所へと T を追いかける際の O の意図に関する異なる解釈を許容するような、あまりにも大雑把な事案の定式化に起因する。

しかし他方で、さまざまな国において、防衛行為についての要件を記述する際に用いられている法律上の概念（「必要な」、「均衡した」、「適切な」など）も、かなり評価の余地を残している。対談相手には、事実関係の定式化が開かれていることによって解釈の余地も開かれており、またそれに伴い、事実関係の解釈が体系的にそれぞれの国の法的準則およびその解釈の影響を受けるかどうかが確認されうだろう。

もっとも、このような留保にもかかわらず、調査された法秩序においては、広範囲にわたって類似の解決が予想される。それを裏付ける点としては、例えば、O が T を台所へと追いかけたときに、O が実際に T に対して暴力を振るおうとしていたこと、あるいは裁判所が少なくとも疑わしきは罰せず（*in dubio pro reo*）原則にしたがってこのことを基礎に置くであろうことが挙げられる。この場合、すべての法秩序において、正当防衛状況が存在することになろう。これに対して、O が対応

する意図を有してなかったとしても、それにもかかわらず、Tは、これまでの経緯に鑑みれば暴力を伴う攻撃を出発点とするに違いなかったが、このようなTの錯誤を過失に基づくものとして非難することはできないであろう。イングランドとウェールズおよびフランスでは、正当防衛状況を想定するためには、このような事実関係の形態であっても十分であろう。その他の国々では、誤想防衛が問題となるだろう。これは、錯誤の回避不可能性がおよそ明確であり、防衛行為についての要件が遵守されている際にはいずれの国においても真正な正当防衛の場合と同様に取り扱われるであろう。

防衛の程度に関していえば、確かに、Tは、身体的に勝っているOに対してナイフよりも穏当かつ効果的な防衛手段を用いることができなかったということは明らかである。しかし、Oによる脅迫が、TがOを故意に殺してもよいとするほど強度のものであったか（あるいは、Tからみればそれほど強度なものであるとみなすことができたのか）は疑わしい。また、フランスを除いたすべての国においては、この問いは否定され、そしてより高い蓋然性をもって免責可能な虚弱性情動に基づいている、あるいは過失によるものとはほぼ見なされえないような過剰防衛（オーストリア、スウェーデン、スイスにおいては誤想過剰防衛であっても）が想定される場合には、Tは不処罰にとどまりうる。これに対して、フランスでは、防衛行為の必要性もしくは均衡性が否定される場合、Tは、免責可能な過剰防衛を理由とした不処罰事由の可能性を利用できないだろう。

さらに、このようなフランスの例外的な立場は、被告人への挙証責任の転換によって著しく強化される。事案の内容の不明確性に鑑みれば、このような場合における防衛が、Tにとって有利な説明を十分に蓋然性のあるものとして示すことにはほとんど成功しない。これに対して、他のすべての国では、——少なくとも理論的には——正当防衛の要件が充足されているという合理的な疎明で十分であることになるのに対して、検察もしくは裁判所は、Tを有罪にするためには完全な反証を行わなければならないであろう。もっとも、イタリアでは、1989年までフランスにおけるものと類似の挙証責任の分配が妥当しており、このことは、アンケートの時点でお多くの実務家の脳裏に記憶されていた。

したがって、全体としていえば、フランスを除いたすべての国では、大部分は、正当防衛、誤想防衛あるいは過剰防衛（さらに多くの国では誤想過剰防衛）を理由とした不処罰となるが、Tの有罪も排除されないように思われる。フランスについては、Tにとって不利な立証責任の転換および過剰防衛を理由とした不処罰事由の不存在に鑑みれば、どちらかといえばTの有罪が出発点とされる。

## Ⅱ. 2. アンケートの結果と評価

すべての国におけるアンケート対象者は、——一部例外を除けば——事例 4 における正当防衛を理由とした不処罰事由は客観的に問題となり、訴訟における防御によって確実に主張され、少なからず挙証の負担を負うであろうという点で一致した。

これに対して、不処罰の具体的な要件に関しては、異なる様相が明らかとなった。正当防衛状況の存在は、少なくない数のアンケート対象者がこれに関して確信をもつことができなかったオーストリアを除けば、すべての国において明確に肯定された。台所へと T を追いかける O の具体的な意図に関する事実関係の曖昧な定式化は、それ以上問題とされなかった。むしろ、ほとんどすべての国で、T はこの時点で依然として現在かつ違法な攻撃に直面するという見解であった。

これに対して、防衛行為の評価の際に、異なる法的要件がいくつかの国における結果に対して影響を与えたことは明らかである。防衛行為が相当であり、それによって不処罰の要件がすべて充足されるということは、イングランドおよびウェールズにおいてだけ一致して肯定された。さらに、これは、この国では、防衛行為の合理性が攻撃された O の主観的見地から判断されるということのせいではなく、そのため、事実関係の不明確性はここでも重要ではない。これと並んで、適切な防衛行為であることを認めた者が多く確認されたのは、その限りで単に「必要性」の基準だけが考慮され、それに加えて被攻撃者について寛大な判断をする傾向にあるドイツだけであった。

これに対して対極をなすのが、イタリア、フランスである。これらの国では、防衛行為の必要性およびとりわけ均衡性が多くの者によって否定され、またほとんどの対談相手によって最終的に肯定されなかった。このような評価にとって決定的であるのは、フランスにおいては、ここで明らかに T に対してもたらされる被告人の不利となる挙証責任の転換が許されないことであり、またイタリアにおいても、かつて妥当していたこれに対応するルールが、この間に法改正されたにも関わらず対談相手の脳裏にいまだに影響を及ぼしていたということである。

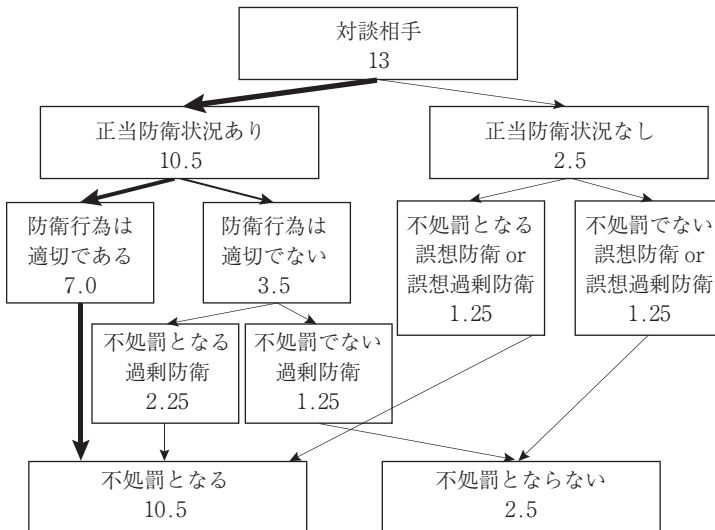
その他の国の一部では、大多数の者が態度決定を明確にしなかった（オーストリア）が、別の一部では、態度決定が肯定と否定に明確に分かれた（スイス、ポルトガル、スウェーデン）。このような評価の不確実性および多義性は、確かに部分的には、法的判断に影響を及ぼす事実関係の不明確さに基づくものである。しかしながら、多くの場合、見解が分かれているのは、T は、自らを助けるためには他の方法を試みる必要がなかったのかという純粋に法的な問題である。

したがって、全体としていえば、防衛行為の評価の相違は、本質的には正当防衛についての法的要件における相違によって説明することができる。これに対して、事実関係の不明確さは、さほど影響しなかった。

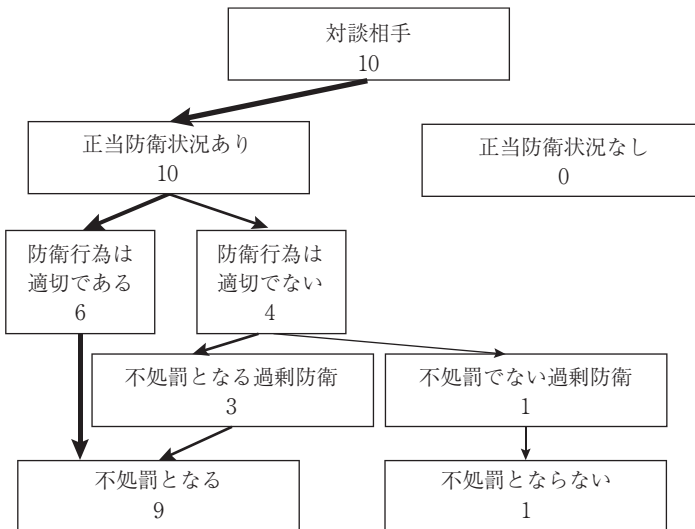
もっとも、このような様相は、正当防衛から過剰防衛および誤想防衛ないし誤想過剰防衛という補充的な不処罰事由へと視点を広げる場合には変化する。これらの可能性すべてを重ね合わせる場合には、オーストリア、スイス、ポルトガル、スウェーデンについても、Tを不処罰とする傾向が明らかとなる。正当防衛を除いた不処罰事由に関するルールが存在しないフランス、および圧倒の多数が過剰防衛もしくは場合によっては考えうる誤想防衛が過失に基づいているということを出発点としていたイタリアにおいてのみ、Tにとって不利な帰結が維持された。これは、イタリアにとって、かかる事実関係が過失に基づかない過剰防衛という想定を容易に起こさせる点で驚くべきことである。イタリアの実務においては、正当防衛に懐疑的な態度が支配的であるようである。

対談相手の評価を明らかにするために、これらは、以下のようなフローチャートに要約される。このフローチャートは、それぞれの回答を、順々に出くわすことになる判断形式で示すものであり、最終的には、「不処罰となる」という結論へと至るのか、それとも「不処罰とはならない」という結論へと至るのかを示すものである。もっとも、このような記述方式は、「肯定」あるいは「否定」という値しか存在せず、また特に「どちらともいえない」という値を考慮することができない。回答を完全に把握するために、「明確に肯定」と「どちらかといえば肯定」という値を積極的判断と解し、「明確に否定」と「どちらかといえば否定」を消極的判断と解したのに対して、「どちらともいえない」という値は、0.5を積極的判断、残りの0.5を消極的判断としてカウントした。

• 正当防衛による不処罰——オーストリア

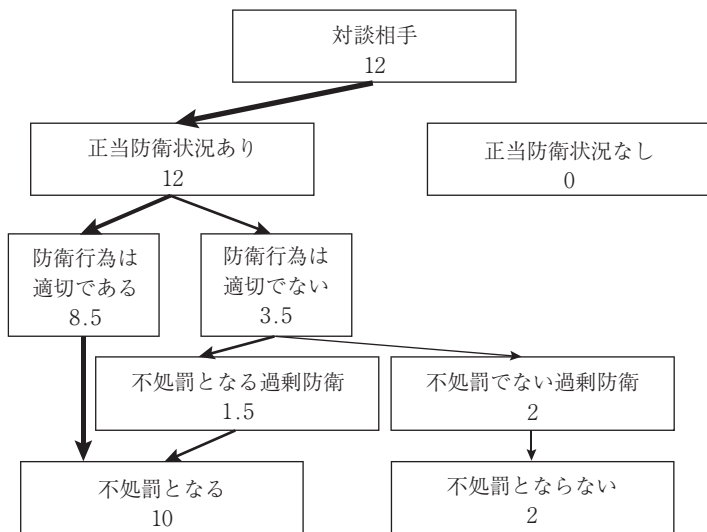


• 正当防衛による不処罰——スイス

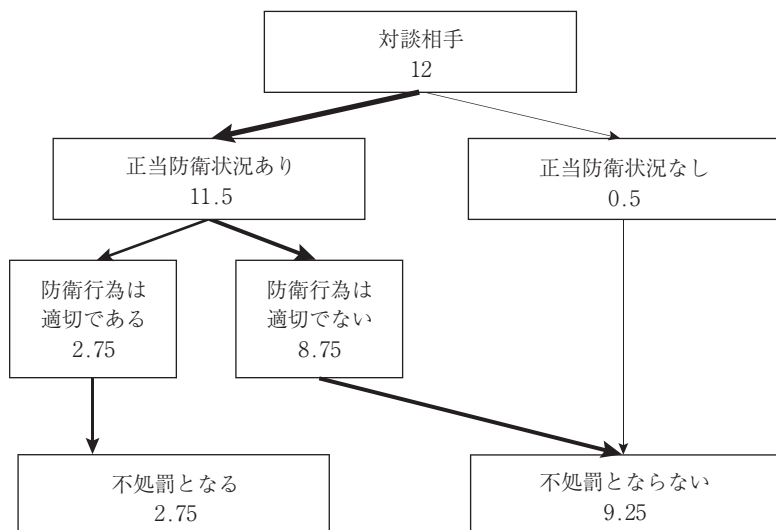




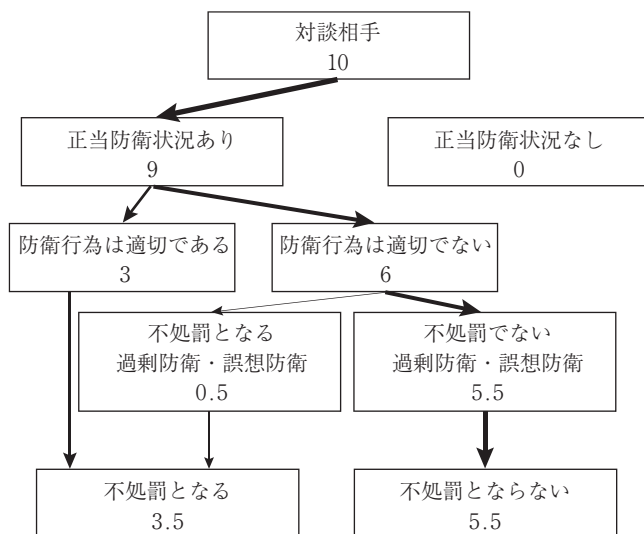
• 正当防衛による不処罰——ドイツ



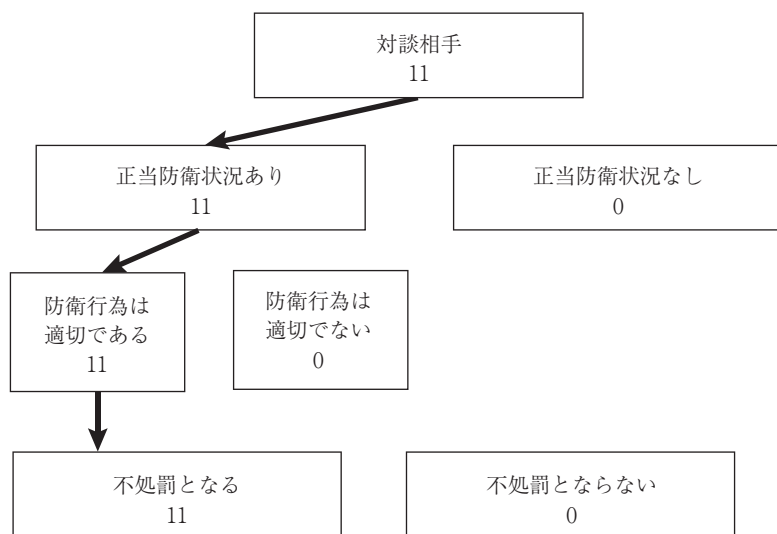
• 正当防衛による不処罰——フランス



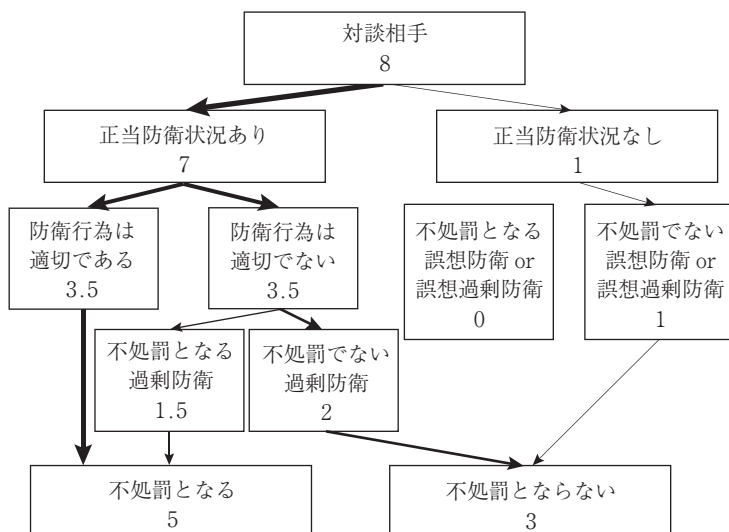
• 正当防衛による不処罰——イタリア



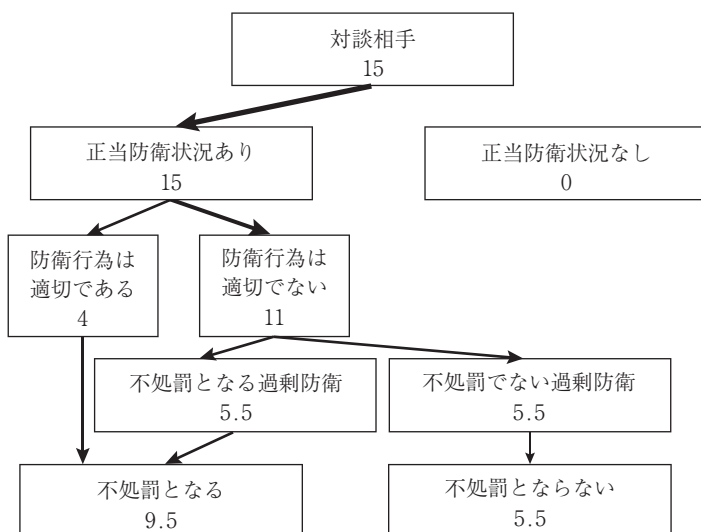
• 正当防衛による不処罰——イングランドおよびウェールズ



・正当防衛による不処罰——ポルトガル



・正当防衛による不処罰——スウェーデン



ここでも、それぞれの国の法的準則が対談相手によって十分に考慮されているということがすべて示している。このことは、とりわけ举证責任の転換に基づいて、ほとんどTの不処罰が肯定されえず、そしてそれゆえに不処罰がきわめて多数の者によって拒絶されたフランスに対しても妥当する。

その限りで、イタリアだけが例外をなす。確かに、その法状況は、本質的にはスイスあるいはポルトガルにおけるそれと異ならず、また全体的に、誤想防衛、過剰防衛および刑事手続的な立証責任の分配からすればフランスの法状況よりもきわめて正当防衛に好意的である。それにもかかわらず、この国の対談相手は、フランスの対談相手と同じ程度にしか正当防衛に好意的な考え方を有していなかった。イタリアの法律家が、防衛行為の均衡性もしくは過剰の回避不可能性についてのより高度な実体法上の要件を定立するか、あるいは、この間に法改正があったにもかかわらず、Tの不利となる举证責任の転換を用いているかのいずれかを行っているのは明らかである。いずれにせよ、調査された他のすべての国と異なり、アンケート結果が、容易には理論的に確認された法状況と合致しない。

これに対して、その他の国では、多かれ少なかれ明らかに無罪となる傾向にある。その際、最も重要な問題は、Tが、このような状況において自らの夫を故意に致死的な刺突行為を行うことが許されるのか、あるいはより危険の少ない防衛措置に制限されなければならないのかである。この問題が明らかにTの有利となる形で肯定されるのは、ドイツ、イングランドおよびウェールズにおいてだけである。ただし、イングランドおよびウェールズにおけるこのような帰結は、過剰防衛についての独立した不処罰事由が存在せず、それゆえに、既に正当防衛の枠組みの中で被攻撃者の主観的見地がなお「理性的」と承認されうる限りで考慮されているということに基づくものである。これに対して、ドイツの対談相手の大半は、このような状況においてそのようににおいて行動するTの客観的な権利を明確に肯定し、そして法律によって予定されている過剰防衛を理由としたTの単なる免責の可能性を援用しない。それゆえに、ドイツ的な考え方は、全体として、最も正当防衛に好意的なものとして位置づけられる。

その他の国々においては、正当防衛と過剰防衛に基づく不処罰事由の段階は、広い範囲で用いられている。このような段階が必然的に正当化と免責との区別を前提とするものではないとしても、特にスウェーデンの例が示すように、それによって少なくともこのような区別は容易なものとなるだろう。それに応じて、この区別は、「不法」と「責任」、ならびに「正当化」と「免責」という体系的分類が広く知られているわけではないイングランドおよびウェールズ、フランスにおいては存在

しないということは、同様に偶然ではない。一方で、イングランドおよびウェールズ、そして他方でフランスが対極をなしているということは、それらの国の正当防衛ルールのも柔軟性の欠如のせいでもある。

（山本和輝）